



FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MATEUS SANTOS DA HORA ARAÚJO

**REVELAÇÃO DO *THIRD-PARTY FUNDING* E CONFLITOS
DE INTERESSES DO ÁRBITRO NA ARBITRAGEM
INTERNACIONAL COMERCIAL**

Salvador
2018

MATEUS SANTOS DA HORA ARAÚJO

**REVELAÇÃO DO *THIRD-PARTY FUNDING* E CONFLITOS
DE INTERESSES DO ÁRBITRO NA ARBITRAGEM
INTERNACIONAL COMERCIAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Bernardo Lima.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO**MATEUS SANTOS DA HORA ARAÚJO****REVELAÇÃO DO *THIRD-PARTY FUNDING* E CONFLITOS
DE INTERESSES DO ÁRBITRO NA ARBITRAGEM
INTERNACIONAL COMERCIAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

AGRADECIMENTOS

O resultado da conclusão deste trabalho não se limita apenas à confecção desta dissertação, mas sim à chegada do fim de uma longa caminhada.

Certamente e sem nenhuma dúvida, esse ciclo não se completaria sem o apoio contínuo e incondicional de duas pessoas. Os dois, incansáveis batalhadores pelo meu sucesso e pela minha felicidade, aos quais devo tudo. Aos meu pais, Pedro José Soares de Araújo e Rosecilda Santos da Hora de Araújo, o meu, sincero, muito obrigado e minha eterna gratidão.

Ao meu orientador, Prof. Bernardo Lima, devo meus profundos agradecimentos pelos ensinamentos, pela sua disponibilidade e pela contribuição na minha percepção de como enxergar e estudar o direito.

Também devo agradecimentos sinceros ao Prof. Ermiro Neto, que, com toda humildade, paciência e cuidado, me ensinou e ensina a ser profissional, em especial, a ser um advogado, e que, ainda, me auxilia e apoia nas minhas e nossas diversas empreitadas acadêmicas.

Gostaria de agradecer também à Marcela Kohlbach de Faria por ter me recebido na LESTE *Litigation Finance* e compartilhado suas experiências e conhecimentos.

Aos meus amigos, minhas desculpas pela ausência e meus agradecimentos pela compreensão, carinho e apoio diário.

Agradeço, ainda, em especial, a meu amigo, Ahdam Alves, pelo apoio incondicional durante toda essa caminhada.

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo de estudar a revelação do *third-party funding* em procedimentos de arbitragem internacional comercial, restringindo-se a discussão à realização da revelação como forma de combater possíveis conflitos de interesses do árbitro. No primeiro capítulo, inicia-se o estudo com uma perspectiva geral do que seja o *third-party funding* na arbitragem internacional. Neste mesmo capítulo, apresenta-se formas, estruturas e modalidades de financiamentos de disputas com o objetivo de se delinear uma definição de *third-party funding* e *third-party funder* para os estritos fins de um dever de revelação em face de possíveis conflitos de interesses do árbitro. O capítulo segundo disserta a respeito do processo de celebração e as principais cláusulas de um contrato de financiamento firmado entre partes de procedimentos arbitrais e empresas de financiamento de disputas. No terceiro capítulo, um panorama atual sobre os principais regramentos a respeito da revelação do *third-party funding* é apresentado, concluindo-se, no final do capítulo, pela inexistência de uniformidade quanto à um dever geral de revelar o *third-party funding*. No último capítulo, este trabalho aborda o posicionamento contrário e favorável à instituição de um dever geral de revelação, advogando-se a favor da necessidade de se estabelecer este dever na arbitragem internacional como forma de garantir um tratamento justo entre as partes, salvaguardando a independência e imparcialidade do árbitro e a manutenção de uma relação de boa-fé no procedimento. Convencendo-se, portanto, da imprescindibilidade da instituição desse dever geral de revelação, aborda-se os principais aspectos do seu cumprimento, analisando-se, especificamente, qual o sujeito que deve revelar, em qual momento se deve revelar, para quem se deve revelar, qual a extensão da revelação a ser realizada e quais as consequências do descumprimento deste dever.

Palavras-chave: dever de revelar; revelação; *third-party funding*; arbitragem; conflito de interesses.

ABSTRACT

This dissertation aims to study the disclosure of the *third-party funding* in international commercial arbitration proceedings, discussing specifically the disclosure as a mechanism to address potential arbitrators' conflict of interests. In the first chapter, this research initiates with a broad outlook of what is third-party funding in international arbitration. This chapter also presents structures and types of dispute funding in order to define third-party funding and third-party funder for what regards a duty to disclose in face of potential arbitrators' conflict of interests. In chapter two, the process of contracting and the main clauses of a dispute funding agreement, concluded between a party of an arbitral proceeding and a dispute funding corporation, are presented. Chapter three depicts the current landscape of the leading rules regarding the disclosure of the third-party funding, reaching a conclusion, in the end of the chapter, that there is no uniformity in respect of a duty to disclose the third-party funding. In the last chapter, this dissertation discusses favourable and adverse arguments concerning the creation of a general duty to disclose the third-party funding. This research concludes in favor of the need to create such duty in international arbitration to grant to the parties a fair treatment, preserving the arbitrators' independence and impartiality, and holding the good faith in the parties' relations on the proceeding. Being sure of the indispensability of the need to create a duty to disclose the third-party funding in international arbitration, the last chapter also points out the main aspects of the performance of such duty, discussing who should disclose, when should it be disclosed, to whom should it be disclosed, what the extension of such disclosure and what are the consequences of the non-fulfilment of such duty.

Keywords: duty to disclose; disclosure; third-party funding; arbitration; conflict of interest.

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

CAM-CCBC	<i>Center for Arbitration and Mediation of the Chamber of Commerce Brazil-Canada.</i>
CIA	<i>Chartered Institute of Arbitrators.</i>
CIETAC	<i>China International Economic and Trade Arbitration Commission.</i>
CIETAC HKAC	<i>China International Economic and Trade Arbitration Commission Hong Kong Arbitration Center.</i>
CPC/15	Código de Processo Civil Brasileiro de 2015.
CPC/73	Código de Processo Civil Brasileiro de 1973.
<i>e.g.</i>	<i>exempli gratia.</i>
HKIAC	<i>Hong Kong International Arbitration Center.</i>
IBA	<i>International Bar Association.</i>
<i>IBA Conflicts</i>	<i>2014 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.</i>
<i>IBA Representation</i>	<i>2013 IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration.</i>
<i>IBA Rules</i>	<i>2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce.</i>
ICCA	<i>International Council for Commercial Arbitration.</i>
ICSID	<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes.</i>
LCIA	<i>London Court of International Arbitration.</i>
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.
SCC	<i>Stockholm Chamber of Commerce.</i>
SEC	Sentença Estrangeira Contestada.
SIAC	<i>Singapore International Arbitration Centre.</i>
STJ	Superior Tribunal de Justiça.
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law.</i>
<i>v.</i>	<i>versus.</i>

LISTA DE FIGURAS E GRÁFICOS

- Figura 1. Gráfico da LCIA de Custo por Instituição e Valor da Disputa. p. 13.
- Figura 2. Gráfico da White & Case quanto à familiaridade com *third-party funding*. p. 16.
- Figura 3. Gráfico Buford Capital de Incentivo à Demandas Desprovidas de Mérito. p. 24.
- Figura 4. Gráfico da Buford de Produtos Utilizados por Escritórios e Departamentos. p. 28.
- Figura 5. Gráfico Pwc de Estruturas de Honorários de Advogado. p. 36.
- Figura 6. Gráfico Buford Capital de Decisão Colaborativa. p. 60.
- Figura 7. Gráfico Buford de Obstáculos à Contratação do *Third-Party Funding*. p. 60.
- Figura 8. Gráfico White & Case de Informações sobre Árbitros. p. 113.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 <i>THIRD-PARTY FUNDING</i> NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL COMERCIAL	13
1.1 O FENÔMENO DO <i>THIRD-PARTY FUNDING</i> : PANORÂMA GERAL	13
1.2 RESTRIÇÕES LEGAIS AO <i>THIRD-PARTY FUNDING</i>	18
1.3 CORRENTES CONTRÁRIAS E FAVORÁVEIS AO <i>THIRD-PARTY FUNDING</i>	21
1.4 FORMAS, ESTRUTURAS E MODALIDADES DE FINANCIAMENTOS DE DISPUTAS	25
1.4.1 Empresas de Financiamento de Disputas	26
1.4.1.1 <i>Non-Recourse Financing</i>	29
1.4.1.2 <i>Portfolio Funding</i>	30
1.4.1.3 Demanda como Ativo Financeiro Negociável	32
1.4.1.4 <i>Equity Funding</i>	33
1.4.1.5 Cessão de Direitos Litigiosos	33
1.4.1.6 Financiamento de Procedimento de Reconhecimento e Execução de Sentença	35
1.4.2 Honorários Advocatícios de Êxito	35
1.4.3 Apólices de Seguro	37
1.4.4 Empréstimos	39
1.4.5 Instrumentos Corporativos de Financiamento	40
1.4.6 Pessoas Física ou Jurídicas com Interesses Indiretos	41
1.5 <i>THIRD-PARTY FUNDING</i> E <i>THIRD-PARTY FUNDER</i> : TERMINOLOGIA E DEFINIÇÃO	42
1.5.1 Terminologia	43
1.5.2 Definição de <i>Third-Party Funding</i>	44
1.5.3 Definição de <i>Third-Party Funder</i>	45
1.5.3.1 Definição de <i>Third-Party Funder</i> da 2014 IBA <i>Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration</i>	48
1.5.3.2 Definição de <i>Third-Party Funder</i> da ICCA-Queen-Mary <i>Task Force</i>	51
2 CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE DISPUTAS	56
2.1 PRIMEIRO CONTATO DAS EMPRESAS DE FINANCIAMENTO DE DISPUTAS COM A DEMANDA.....	57

2.2	AVALIAÇÃO DO CASO	60
2.3	DUE DILIGENCE	61
2.4	RELAÇÃO TRIANGULAR: PARTE, ADVOGADO E <i>THIRD-PARTY FUNDER</i>	64
2.5	CLAUSULADO CONTRATUAL.....	67
2.5.1	Cláusulas de Estrutura de Remuneração da Empresa de Financiamento de Disputas.....	68
2.5.2	Cláusulas de Orçamento do Caso.....	69
2.5.3	Cláusulas de Monitoramento do Caso.....	71
2.5.4	Cláusula de Controle sobre a Gestão do Caso	72
2.5.5	Cláusula de Divisão de Riscos com Escritórios de Advocacia	74
2.5.6	Cláusula de Confidencialidade	74
2.5.7	Cláusula <i>Waterfall</i>.....	76
2.5.8	Cláusulas de Suspensão e Resolução do Contrato	77
2.5.9	Cláusula de Regência da Relação entre Empresa e Representante Legal da Parte	78
2.5.10	Outras Cláusulas.....	78
3	PANORÂMIA ATUAL DA REVELAÇÃO DO <i>THIRD-PARTY FUNDING</i> NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL COMERCIAL.....	80
3.1	<i>SOLFT LAWS</i> E A REVELAÇÃO DO <i>THIRD-PARTY FUNDING</i>	81
3.1.1	<i>IBA Guidelines on Conflicts of Interest</i> de 2014.....	81
3.1.2	<i>ICCA-Queen Mary Task Force Principles on Third-Party Funding</i>.....	86
3.2	CÂMARAS ARBITRAIS	89
3.2.1	CIETAC e CIETAC HKAC.....	89
3.2.2	CAM-CCBC	91
3.2.3	SIAC 91	
3.2.4	HKIAC.....	92
3.2.5	<i>ICC Court of Arbitration</i>.....	93
3.3	LEGISLAÇÕES NACIONAIS.....	95
3.3.1	Singapura.....	96
3.3.2	Hong Kong.....	99
3.4	CONCLUSÃO PARCIAL: INEXISTÊNCIA DE UNIFORMIDADE QUANTO À UM DEVER GERAL DE REVELAÇÃO DO <i>THIRD-PARTY FUNDING</i>	101
4	REVELAÇÃO DO <i>THIRD-PARTY FUNDING</i> E CONFLITO DE INTERESSES DOS ÁRBITROS.....	103

4.1	DEVER GERAL DE REVELAÇÃO DO <i>THIRD-PARTY FUNDING</i>	103
4.1.1	Teses Contrárias à Instituição de um Dever Geral de Revelação do <i>Third-Party Funding</i>	103
4.1.2	Teses Favoráveis à Instituição de um Dever Geral de Revelação do <i>Third-Party Funding</i>	106
4.1.2.1	Tratamento Justo.....	107
4.1.2.2	Independência e Imparcialidade do Árbitro.....	111
4.1.2.3	Princípio da Boa-fé Processual.....	125
4.1.3	Conclusão Parcial	127
4.2	SUJEITO PASSIVO DO DEVER DE REVELAR O <i>THIRD-PARTY FUNDING</i>	127
4.3	MOMENTO DA REVELAÇÃO DO <i>THIRD-PARTY FUNDING</i>	129
4.4	DESTINATÁRIO DAS INFORMAÇÕES DA REVELAÇÃO DO <i>THIRD-PARTY FUNDING</i>	130
4.5	EXTENSÃO DA REVELAÇÃO DO <i>THIRD-PARTY FUNDING</i>	132
4.5.1	Revelação da Existência e Identidade do <i>Third-Party Funder</i>	133
4.5.2	Revelação do Contrato de <i>Funding</i> e Outros Documentos	133
4.6	DESCUMPRIMENTO DO DEVER GERAL DE REVELAÇÃO DO <i>THIRD-PARTY FUNDING</i>	138
	CONCLUSÃO	145
	REFERÊNCIAS	146
	APÊNDICE I	156
	APÊNDICE II	168

INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho é o estudo da revelação do *third-party funding* em procedimentos de arbitragem internacional, restringindo-se a discussão à realização da revelação como forma de combater possíveis conflitos de interesses do árbitro.

O *third-party funding* é uma atividade que, apesar de ter sua consecução na esfera privada da parte, implica no surgimento de certas questões processuais, as quais, no intuito de trazer maior segurança jurídica, devem ser estudadas individualmente. Este trabalho, em razão da limitação do seu objeto, aborda apenas a análise de umas dessas questões processuais, ou seja, os possíveis conflitos de interesses dos árbitros. Não se estuda aqui, todavia, o regramento desses conflitos de interesses em si, mas sim a forma de combate a sua constatação superveniente e tardia, isto é, por meio da revelação do *third-party funding*. O que se busca, portanto, é analisar a suposta existência ou a necessidade de instituição de um dever geral de revelar o *third-party funding* na arbitragem internacional como forma salvaguardar a independência e imparcialidade dos árbitros.

Para se chegar a uma conclusão sobre esta questão, no primeiro capítulo deste trabalho inicia-se o estudo com uma perspectiva geral do que seja o *third-party funding* na arbitragem internacional. Neste mesmo capítulo, apresenta-se formas, estruturas e modalidades de financiamentos de disputas com o objetivo de se delinear uma definição de *third-party funding* e *third-party funder* para os estritos fins do dever de revelação em face de possíveis conflitos de interesses do árbitro.

Em sequência, o capítulo segundo disserta-se sobre o processo de celebração e as principais cláusulas de um contrato de financiamento firmado por partes de procedimento arbitrais e empresas de financiamento de disputas.

No terceiro capítulo, um panorama atual sobre os principais regramentos a respeito da revelação do *third-party funding* é apresentado, concluindo-se, no final do capítulo, pela inexistência de uniformidade quanto à um dever geral de revelar o *third-party funding*.

No último capítulo, este trabalho aborda o posicionamento contrário e favorável à instituição de um dever geral de revelação, advogando-se a favor da necessidade de se estabelecer este dever na arbitragem internacional como forma de garantir um tratamento justo entre as partes, salvaguardando a independência e imparcialidade do árbitro e a manutenção de uma relação de boa-fé no procedimento. Convencendo-se da imprescindibilidade da instituição desse dever geral de revelação, aborda-se os principais aspectos do seu cumprimento, analisando-se qual o sujeito que deve revelar, em qual momento se deve revelar, para quem se

deve revelar, qual a extensão da revelação a ser realizada e quais as consequências do descumprimento deste dever.

Nesta pesquisa utilizou-se, quase que exclusivamente, a pesquisa bibliográfica. Além disso, com o objetivo de enriquecer a compreensão deste trabalho, realizou-se uma entrevista com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil. Marcela é analista jurídica da LESTE *Litigation Finance*, que é, atualmente, a única empresa especializada brasileira que fornece o produto do *non-recourse arbitration financing*, sendo as considerações da entrevista relevantes para a elucidação do panorama atual do mercado chamado *claim financing business* no Brasil. Dessa forma, optou-se pela realização da entrevista com objetivo de trazer constatações práticas dessas operações. A entrevista encontra seu inteiro teor no Apêndice I e termo de consentimento da entrevista anexado no Apêndice II. A entrevista foi realizada na modalidade semiestruturada, através de uma linha de pergunta direcionada ao recorte da presente pesquisa.

As fontes de pesquisa desse trabalho encontram-se em duas línguas: português e inglês. Tendo-se em vista que, em sede de arbitragem internacional, o idioma mais difundido e de cuja aplicação é mais recorrente em leis, tratados, *guidelines*, *soft laws* e na própria literatura, termos e citações diretas em inglês terão prioridade neste trabalho, contendo sua respectiva tradução em nota de rodapé. Esta tradução, pois, será realizada de forma livre, isto é, não se objetivará traduzir de forma exata e precisa os termos.

1 *THIRD-PARTY FUNDING* NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL COMERCIAL

Este capítulo se propõe a examinar o contexto, as formas, estruturas e modalidades, bem como o que, essencialmente, venha a ser o que se denomina *third-party funding* e *third-party funder* na arbitragem internacional comercial. Dessa forma, nesta primeira parte do trabalho, o intuito é traçar conceitos iniciais para se analisar propriamente a questão da revelação do *third-party funding* em face da existência de possíveis conflitos de interesses dos árbitros.

Neste capítulo, apresenta-se (1.1.) um panorâma geral do fenômeno intulado *third-party funding*. Em seguida, tendo-se em vista a existência de uma política judiciária interna em cada jurisdição, trata-se de (1.2) certas restrições legais enfrentadas no recurso ao *third-party funding*. No terceiro item deste capítulo, então, disserta-se (1.3) sobre a corrente contrária e favorável ao *third-party funding*, balanceando os prós e contras da atividade. Ato contínuo, a discussão será levada para algumas (1.4) formas, estruturas e modalidades de *third-party funding*. E, por fim, (1.5) exporá-se as terminologias e definições de *third-party funding* e *third-party funder* encontradas na literatura e na prática, determinando-se aquelas adotadas por este trabalho.

1.1 O FENÔMENO DO *THIRD-PARTY FUNDING*: PANORÂMA GERAL

Partindo-se de uma análise econômica de conveniência e oportunidade, a contratação de uma cláusula arbitral decorre de duas principais razões: reduzir custos de transação relacionados à prestação jurisdicional e desenvolver um sistema de incentivos mais favorável ao adimplemento contratual. Almeja-se, ao fim, a maximização de ganhos e redução de custos, sejam eles da natureza qual for, como, *e.g.*, financeiros, de oportunidade e reputacionais.¹

Arbitragem, além de ser um método de resolução de conflitos privado, deve ser percebida como um serviço oferecido no mercado, que, dentre outros motivos, é buscado por partes e incentivado por profissionais muito em função da especialização dos árbitros nas matérias a serem apreciadas – o que, normalmente, potencializa a redução de erros nas decisões arbitrais, conferindo maior segurança jurídica ao ambiente contratual – e por uma potencial maior velocidade no procedimento. Assim, na escolha de consumir este serviço, as partes

¹ SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Antonio Celso. **A Economia da arbitragem**: Escolha racional e geração de valor. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/14/>. Acessado em: 22 Abr. 2018, p. 6.

convencionam cláusula compromissória em contratos ou, em alguns casos, na imediaticidade do conflito, compromisso arbitral, transferindo o fórum de resolução de conflitos do âmbito público para o privado. Como em qualquer serviço, há um custo que deve, especialmente na arbitragem, ser considerado e contingenciado em virtude de seus costumeiros altos valores.²

A título de exemplo, a *London Court of International Arbitration* (LCIA), em 2017, publicou uma análise de custos de arbitragens, com base nos anos de 2013 a 2016, elaborando um gráfico que relaciona o valor em disputa em um procedimento com o respectivo custo da arbitragem nas seguintes instituições: LCIA, *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC), a *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC), *Hong Kong International Arbitration Center* (HKIAC) e a *International Chamber of Commerce* (ICC).³ Assim, a partir da análise do gráfico constante na figura 1, apesar da variação de valores de instituição para instituição, percebe-se que os custos dos procedimentos arbitrais são nitidamente altos.

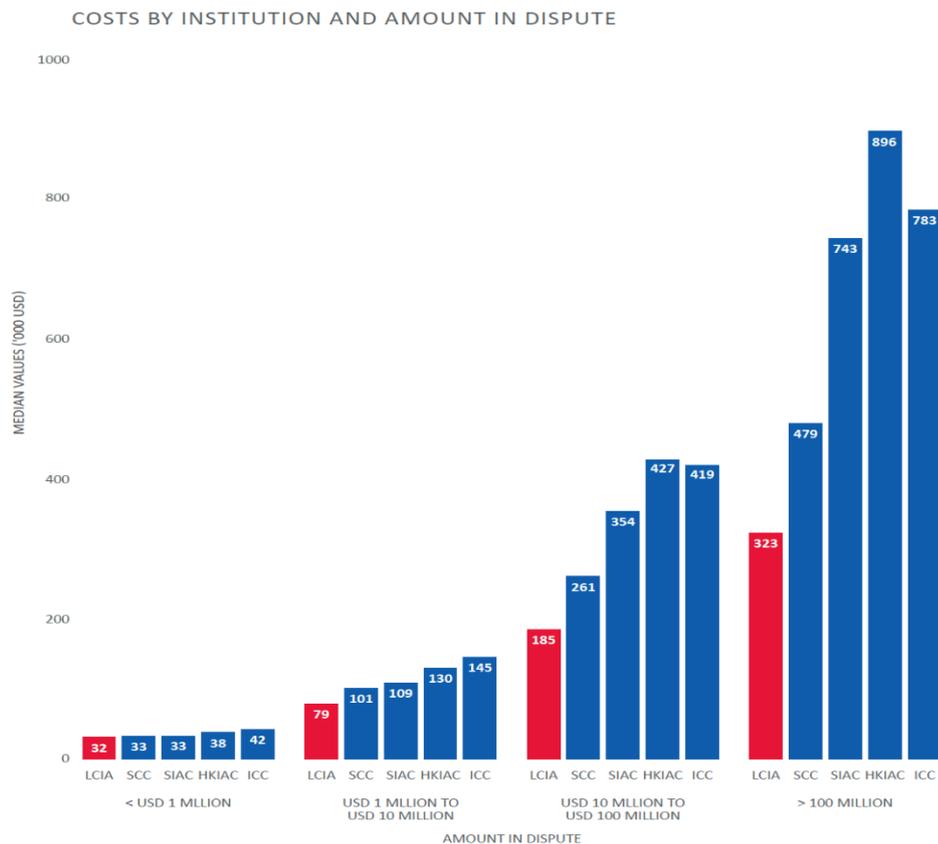


Figura 1. Gráfico da LCIA de Custo por Instituição e Valor da Disputa.

² SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Antonio Celso. **A Economia da arbitragem**: Escolha racional e geração de valor. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/14/>. Acessado em: 22 Abr. 2018, p. 6-7.

³ LCIA. **Cost and Duration Analysis**: 2013-2016. Disponível em: <<http://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>>. Acessado em: 03 Set. 2018, p. 21.

Os valores colacionados no gráfico da figura 1 somente se referem àqueles decorrentes das taxas de administração da câmara e dos honorários dos árbitros. Existem, entretanto, outros diversos custos de transação que devem ser considerados. Por ser um modelo essencialmente privado de resolução de disputas, arbitragens podem ser desenhadas de diversas formas e com características particulares adequada à cada demanda. Durante o período de negociação sobre as características de uma cláusula arbitral, avalia-se, *e.g.*, dentre outros elementos: a sede da arbitragem, o que determinará a *lex arbitri*;⁴ se a arbitragem será *ad hoc* ou instrucional, e, conseqüentemente, os custos de determinada câmara; se se valerá de um ou mais árbitros; qual será a lei aplicável ao caso; o idioma; uma estimativa de valores dos honorários do advogado; se o adversário, em uma situação normal, possivelmente será uma parte solvente se derrotado; bem como o local onde se procederá, eventualmente, uma execução forçada, para que se analise os custos de transação da legislação local. Dessa forma, estes e outros fatores contribuem *per si* para a quantificação em abstrato do custo de transação total da convenção de uma cláusula arbitral, bem como para a construção de um efetivo mecanismo de incentivos ao adimplemento contratual.

A administração da justiça, seja pelos meios públicos ou privados, sempre ensejará um custo, o qual, na eleição da arbitragem, é internalizado quase totalmente pelos agentes em troca de certos benefícios. Para tanto, é necessário a previsão de uma fonte de custeio que balanceie eventuais perdas e valores adicionais advindos no decorrer da relação contratual – a final, a conta precisa fechar. Já se afirmou, nesse sentido, que “a escassez de recursos é o principal obstáculo para que o sistema de arbitragem funcione adequadamente, ou seja, é uma falha de mercado”.⁵

Dentre múltiplas situações, imagine-se uma parte que empregou todos os seus recursos em um projeto que veio ao fracasso, ou mesmo aquela que inadvertidamente incluiu cláusula compromissória em seu contrato e que, agora, enfrenta um estado de impecuniosidade com o insucesso do negócio. Em ambas as situações, o recurso ao financiamento de disputas,

⁴ “typically, then, the parties do not make a direct choice of the laws applicable to their arbitration. Rather, they make a conscious choice of seat and the applicable *lex arbitri* flows from that” (tradução livre: “tipicamente, então, as partes não fazem uma escolha direta das leis aplicáveis à arbitragem. Ao invés, elas fazem uma escolha consciente da sede e da *lex arbitri* decorrente desta”) (HENDERSON, Alastair. *Lex Arbitri*, Procedural Law and the Seat of Arbitration. In *Singapore Academy of Law Journal*. 2014. Disponível em Acessado em: 11 Set. 2018, p. 891).

⁵ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional**. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 60.

muitas vezes, pode ser a única alternativa a possibilitar esse investidor ou empresário a buscar uma compensação dos danos que lhes foram causados.⁶ Apesar disso, uma pesquisa da PricewaterhouseCoopers indica que 89% de seus entrevistados responderam que após iniciarem procedimentos de arbitragens internacionais comerciais não deixam de prosseguir com o procedimento em razão dos custos do mesmo.⁷ Dessa estatística pode-se concluir que nesse nincho certamente as partes avaliam com precisão os riscos e possíveis despesas para se alcançar o fim do procedimento. O que não se pode concluir, por outro lado, é que, além de existir partes que se quer estão aptas financeiramente a levar seu pleito à arbitragem, possivelmente uma parte que assuma por si só o encargo financeiro do procedimento poderá estar comprometendo um grande vulto do seu fluxo de caixa.

À luz desse panorâma, deve-se poderar que, de fato, “*the business of law is changing and dispute funding is very much an integral part of the future of the global arbitration and litigation markets*”.⁸ Atualmente, portanto, os agentes reclamam por formas inéditas de financiamento de disputas cumuladas com a necessária proteção da integridade do procedimento arbitral e, conseqüente, segurança da exequibilidade da sentença arbitral.

O financiamento de disputas (ou no inglês, com várias expressões, *dispute funding*, *litigation funding* ou *litigation finance*) surgiu exatamente em face desta falha de mercado: o custo; a princípio, principalmente em razão de processos judiciais contenciosos (*litigations*) altamente custosos nas jurisdições de *common law*.⁹ O fenômeno teve seu embrião na Austrália e em seguida migrou para o Reino Unido, no início do século XXI. Atualmente, a prática expandiu-se para diversas jurisdições, tais como, *e.g.*, Estados Unidos, Singapura, Hong Kong, China, Europa e América Latina – encontrando-se em constante expansão.¹⁰

⁶ Os custos para se iniciar um procedimento arbitral podem inviabilizar até mesmo o início da persecução de direitos pela parte. Algumas vezes, esse valor pode ser ainda maior quando o demandado se nega a recolher sua parte das custas do procedimento.

⁷ PWC. **Corporate choices in International Arbitration**: Industry perspectives. Disponível em: <<https://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf>>. Acessado em: 03 Set. 2018, p. 19.

⁸ “O negócio do direito está mudando e o financiamento de disputas é muito mais uma parte integral do futuro da arbitragem global e dos mercados de contencioso” (tradução livre) (ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 17).

⁹ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional**. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 61.

¹⁰ “*Dispute funding first started in Australia and then migrated to the United Kingdom in the beginning of the twenty-first century*” (tradução livre: “O financiamento de disputas começou primeiro na Austrália e em seguida migrou para o Reino Unido no começo do século vinte e um”) (ICCA & QUEEN-MARY. *Op.cit.*, p. 18).

Hoje, relaciona-se o financiamento de disputas ao denominado *third-party funding*. Apesar da definição deste ser algo extremamente discutido, como será examinado no item 1.5, na forma mais comumente utilizada, pode-se afirmar que a expressão é entendida como um particular produto jurídico. Na estrutura mais simples, o chamado *third-party funding* significa um financiamento, de uma das partes do procedimento, mais comumente do demandante, por um terceiro, que não detinha anteriormente interesse no resultado material decorrente da solução da disputa. Nessa estrutura, pois, o financiamento é realizado na modalidade chamada *non-recourse basis*, isto é, o terceiro só é remunerado pelo capital investido em caso de sucesso da demanda, situação na qual será titular de uma parcela do produto econômico auferido.¹¹ Nessa mesma estrutura, normalmente é previsto que em caso de acordo, o terceiro também é remunerado com base no *quantum* resgatado pela parte financiada. Trata-se, portanto, de um produto jurídico que cada vez mais vem sendo conhecido e utilizado – e é nesse sentido que a pesquisa da White & Case de 2018 inclusive indica.¹² Segundo esta, 97% dos entrevistados tinham conhecimento do recurso, como demonstrado no gráfico da figura 2.

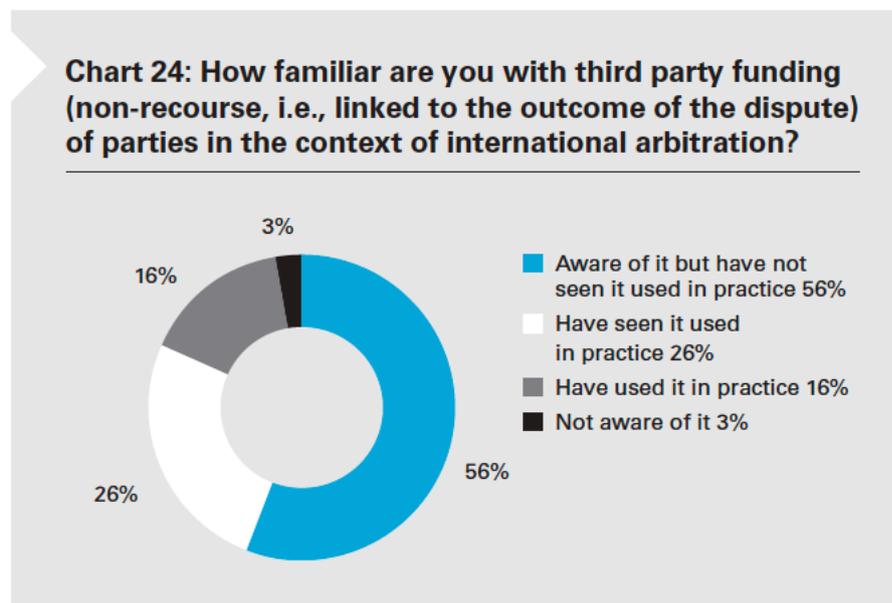


Figura 2. Gráfico da White & Case quanto à familiaridade com *third-party funding*.

¹¹ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 18.

¹² WHITE & CASE. **2018 International Arbitration Survey.** Disponível em: <<https://www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration>>. Acessado em: 04 Set. 2018, p. 24.

O levantamento da White & Case conclui ainda que pelo menos 75% dos entrevistados que utilizaram o *third-party funding* na modalidade *non-recourse* percebem o recurso como positivo, enquanto que os outros 25% apresentaram uma posição neutra.¹³

Dessa forma, o *third-party funding*, que, em verdade, apresenta diversas modalidades e estruturas, está transformando a perspectiva sobre o litígio judicial ou arbitral de uma mera disputa para um ativo financeiro, apto a ser monetizado e utilizado como lastro, garantia ou facilitador de um financiamento. Trata-se, portanto, de uma prática crescente em diversas jurisdições e que deve ser estudada em suas diversas perspectivas e a partir de suas múltiplas implicações no procedimento arbitral – inclusive naquela que se propõe o presente trabalho, qual seja, sobre sua revelação, ou não, em face de possíveis conflitos interesses dos árbitros.¹⁴

1.2 RESTRIÇÕES LEGAIS AO *THIRD-PARTY FUNDING*

A atividade na qual um terceiro, estranho ao mérito da disputa, financia um procedimento litigioso nem sempre foi e é, em certas jurisdições, lícita ou exime de restrições. Na maioria das vezes, as razões pelas quais se veda ta atividade calcam-se em doutrinas anglo-saxônicas denominadas *maintenance e champerty*. Desde logo, anote-se que as discussões sobre licitude ou ilicitude, em verdade, são questões de política judiciária interna de cada Estado – variável de uma jurisdição para a outra.¹⁵

¹³ WHITE & CASE. **2018 International Arbitration Survey**. Disponível em: <<https://www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration>>. Acessado em: 04 Set. 2018, p. 25.

¹⁴ Em 2012, 94% dos entrevistados pela PricewaterhouseCoopers destacaram que não usaram *third-party funding*, na estrutura *non-recourse basis*. Esse cenário, entretanto, parece estar em mudança. Além do dado de constante crescimento apresentado pela pesquisa da Burford Capital em 2017, a White & Case, no seu levantamento de 2018, indica que atualmente dificilmente um evento jurídico relacionado à arbitragem internacional não se socorra de *third-party funding* (BURFORD. **2017 Litigation Finance Survey**. Disponível em: <<http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2017/09/Burford-2017-Litigation-Finance-Research-Whitepaper.pdf>>. Acessado em: 03 Set. 2018, p. 8 e ss; PWC. **Corporate choices in International Arbitration: Industry perspectives**. Disponível em: <<https://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf>>. Acessado em: 03 Set. 2018, p. 20; WHITE & CASE. *Op.cit.*, p. 24).

¹⁵ GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure**. 1ª ed. [S.L]: Kluwer Law International, 2016, p. 45; CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o novo paradigma do Third Party Funding**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador Claudio Finkelstein. São Paulo. 2014, p. 102; BOULLE, Thibault De. **“Third-Party Funding” in International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent Univesity. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 47.

Por um lado, em síntese, *maintenance* significa a situação de uma assistência na persecução ou defesa de uma dada demanda, promovida por um terceiro, sem vínculo com o mérito da causa, em favor de uma das partes de um procedimento litigioso. Já, por outro lado, *champerty* engloba acordos, entre terceiros desinteressados no resultado material da demanda e uma das partes do procedimento, através dos quais esse terceiro presta auxílio na persecução ou defesa do caso em troca de uma parcela do resultado econômico final da demanda.¹⁶ A doutrina do *champerty* seria uma espécie da doutrina de *maintenance*. Nesse sentido, Steinitz explica ser *maintenance* o suporte material a um litigante para que possa perseguir ou defender um interesse em um dado procedimento, enquanto que *champerty*, ao seu passo, seria a realização desse suporte (*maintenance*) em retorno de uma contraprestação.¹⁷

Essas doutrinas, nas suas origens, foram desenvolvidas em razão do uso indevido do sistema de justiça. Alguns indivíduos abastados, os quais não tinham nenhum interesse material sobre a causa, valiam-se do financiamento de disputas como meio de ameaçar e prejudicar inimigos e rivais.¹⁸ No século XIX, na Inglaterra, a partir das doutrinas de *maintenance e champerty*, essas práticas passaram a ser consideradas imorais, antiéticas, contrárias à política pública e, conseqüentemente, ilegais. Essa lógica passou a ser aplicada em diversas jurisdições, inclusive, na maioria, naquelas de sistemas de *common law*. Em Singapura, *e.g.*, aplicava-se a doutrina da *champerty* na arbitragem, sob fundamento de uma pureza da justiça e para a proteção de litigantes vulneráveis.¹⁹

¹⁶ BOULLE, Thibault De. “**Third-Party Funding**” in **International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 47. O Black’s Law Dictionary apresenta o seguinte conceito de *champerty*: “1. *An agreement between an officious intermeddler in a lawsuit and a litigant by which the intermeddler helps pursue the litigant’s claim as consideration for receiving part of any judgment proceeds; specif., an agreement to divide litigation proceeds between the owner of the litigated claim and a party unrelated to the lawsuit who supports or helps to enforce the claim*” (tradução livre: 1. Um acordo entre um terceiro estranho à uma ação e um litigante pelo qual o terceiro auxilia a persecução da demanda do litigante como contraprestação à receber parte de qualquer produto da sentença; específ., um acordo para dividir o produto da demanda entre a parte demandante e o terceiro estranho à ação que auxilia e presta suporte à persecução da demanda) (GARNER, Bryan A. **Black’s Law Dictionary**. 9^a ed. [S.L]: Thomson Reuters, 2009, p. 262).

¹⁷ NAMIC (NATIONAL ASSOCIATION OF MUTUAL INSURANCE COMPANIES). **Third-Party Litigation Funding**: Tipping the Scales of Justice for Profit. (2011). Disponível em: <https://www.namic.org/pdf/publicpolicy/1106_thirdPartyLitigation.pdf>. Acessado em: 09 Mar. 2018, p. 5; STEINITZ, Maya. The Litigation Finance Contract. In **William & Mary Law Review**. Rev. 455/2012. Vol. 54. Issue 2. Article n. 4. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss2/4>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 486.

¹⁸ BOULLE, Thibault De. *Op.cit.*, p. 48.

¹⁹ GLOBAL ARBITRATION REVIEW. **Case notes on third-party funding**. 2008. Disponível em: <http://www.lalive.ch/data/publications/Third_Party_Funding.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018.

A razão de ser da aplicação dessas doutrinas, portanto, é a de assegurar os princípios da justiça civil local. Todavia, diferentemente daquela manipulação da jurisdição por indivíduos abastados no século XIX, atualmente, a manutenção dessas doutrinas apresenta entre seus principais objetivos o de combater o crescimento de demandas sem fundamento, de evitar a resistência de celebração de acordos e de impedir interferências de terceiros na relação advogado-cliente. Mesmo em face dessas preocupações, a maioria das jurisdições ou flexibilizou ou aboliu a aplicação das referidas doutrinas.²⁰

Essa tendência de afastamento das doutrinas, em nosso sentir, pelo menos no âmbito da arbitragem internacional comercial, está correta. Veja-se que o principal fito da instituição das mesmas, como se destacou, é a proteção do sistema de justiça civil local, que possui regras e princípios próprios de uma jurisdição social e estatal (apesar de sermos do posicionamento da possibilidade de financiamento de disputas em ações judiciais, mas não se trata de discussão objeto deste trabalho). No que tange à arbitragem, não se deve aplicar pura e simplesmente por analogia quando as partes decidem livremente contratar, fora do poder judiciário, um fórum privado de resolução de conflitos – cuja sistemática e orientação são diversas.²¹ A importação *ipsis litteris* desses conceitos das jurisdições estatais anglo-saxônicas para a esfera arbitral implica no questionamento sobre sua adequação.

Apesar desse embate sobre a justeza ou não da aplicação dessas doutrinas, ao fim, o que árbitros e profissionais mais buscam é a manutenção da higidez do procedimento arbitral que, para tanto, deve observar as disposições mandatórias, tanto da lei da sede da arbitragem como da lei onde se buscará eventual execução da sentença arbitral. Na prática, assim, uma

²⁰ Na Inglaterra, por exemplo, a prática chegou a ser crime, tendo seu tipo penal extinto em 1967 – porém, apenas em 2002 a atividade tornou-se lícita, após o julgamento do caso *Factortame v. Secretary of State for Transport*. Nesse mesmo sentido, a Suprema Corte de *Massachusetts*, nos Estados Unidos, no caso *Saladini v Righellis*, decidiu pela não aplicação das doutrinas do Estado. Atente-se, entretanto, que certas jurisdições ainda adotam entendimentos restritivos à prática do *third-party funding*, como, por exemplo, a Irlanda que, no recente precedente *Persona Digital Telephony Ltd & ors v. The Minister for Public Enterprise & ors.*, afirmou ser ilegal o *third-party funding*; o Estado de *Ohio*, nos Estados Unidos, também, através da decisão da Suprema Corte estadual, decidiu, no caso *Rancman v. Interim Settlement Funding Corporation*, pela nulidade de um contrato de *funding* por violar as premissas da doutrina do *champerty e maintenance* (CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o novo paradigma do Third Party Funding**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador Claudio Finkelstein. São Paulo. 2014, p. 103; BOULLE, Thibault De. **“Third-Party Funding” in International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 49, nota 273, p. 50).

²¹ GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure**. 1ª ed. [S.L.]: Kluwer Law International, 2016, p. 90.

conduta de precaução em face dos confins da incerteza do direito é sempre saudosa à salvaguardar o investimento aplicado ao procedimento arbitral.

Ademais, registre-se ainda a existência em diversas jurisdições das chamadas leis de usura, que fixam um patamar máximo de interesse para a concessão de empréstimos. Apesar de não se considerar empréstimo a estrutura mais recorrente do *third-party funding*, isto é, na modalidade *non-recourse basis*, em se aplicando esses diplomas a certas estruturas de contratos de financiamento, certamente a maioria destes seriam conceituados como ilegais por, via de regra, demandarem um alto retorno financeiro pela realização da operação. A referida aplicação dessas leis de usura à prática de *third-party funding* é, todavia, questionável.²²

1.3 CORRENTES CONTRÁRIAS E FAVORÁVEIS AO *THIRD-PARTY FUNDING*

O fenômeno do *third-party funding*, à luz das doutrinas destacadas no item anterior, divide autores e profissionais entre aqueles que (a) criticam a prática e aqueles que (b) endossam sua realização.

A vertente contrária à prática (a), dentre outros argumentos, afirma: *i.* que a atividade incentiva o aumento do número de demandas desprovidas de mérito; *ii.* que se cria uma dinâmica que dificulta a consecução de acordos por se visar sempre o maior resultado possível, podendo-se argumentar, *e.g.*, que a Taxa de Retorno Interno ainda não foi alcançada para, ao menos, igualar o valor investido ao de retorno – retardando-se a resolução de procedimentos;²³ *iii.* que a prática comodifica ações judiciais e arbitrais;²⁴ *iv.* que se interfere na relação advogado-cliente; e *v.* que a atividade não é necessária, uma vez que disparidades financeiras entre as partes, tanto em procedimento arbitrais quanto em procedimentos judiciais, são normais e não geram discussão sobre desigualdade processual.²⁵

²² BOULLE, Thibault De. “**Third-Party Funding**” in **International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 51.

²³ FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitradores por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 103.

²⁴ STEINITZ, Maya. The Litigation Finance Contract. In **William & Mary Law Review**. Rev. 455/2012. Vol. 54. Issue 2. Article n. 4. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss2/4>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, 484.

²⁵ LÉVY, Laurent; BONNAN, Regis. Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 81; sobre objeções ao *dispute funding* ver NAMIC (NATIONAL ASSOCIATION OF MUTUAL INSURANCE COMPANIES). **Third-Party Litigation Funding: Tipping the Scales of Justice for Profit**. (2011). Disponível em: <https://www.namic.org/pdf/publicpolicy/1106_thirdPartyLitigation.pdf>. Acessado em: 09 Mar. 2018.

Essa corrente inclusive já questionou se um *third-party funder*, e.g., estaria disposto a rejeitar um caso de grande valor e com boas razões jurídicas após ter ciência da existência de conflitos de interesses daquele com o árbitro.²⁶ Seria o recurso ao *third-party funding* realmente um *gatekeeper*, isto é, impediria a proliferação de demandas desprovidas de mérito, ou seria esse terceiro um agente de mercado orientadamente interessado em lucrar em face de eventos jurídicos, assumindo ou não determinados graus de riscos? Por essa lógica, em troca do risco de anulação e da superveniência de tumultos processuais, não se poderia olvidar a possibilidade de negociação pelo *third-party funder* de uma parcela ainda maior da demanda pela assunção do risco de conflitos de interesses (que pode ser ainda ocultado do conhecimento da parte).²⁷

De outro lado, os defensores da atividade do *third-party funding* (b), ao seu passo, eilecam diversos benefícios, que, ao fim, justificam, ao nosso ver, não só o crescimento deste nicho de mercado, como a legitimidade e o incentivo da prática.

i. O resultado positivo mais destacado entre os autores certamente é a facilitação financeira proporcionada a uma parte, que se encontra eventualmente em situação de impecuniosidade, de perseguir uma demanda provida de mérito. O que o *third-party funding* está oportunizando, em última análise, é a maior possibilidade de acesso à justiça.²⁸ Ressalte-se que, certamente, a indústria do financiamento de litígios, chamada por alguns de *claim financing business*, não se concebeu e nem busca como objetivo social a promoção da justiça. Essa é uma assertiva indubitável. A promoção do acesso à justiça, dentre outros benefícios, é um resultado decorrente da atuação desse agente econômico no mercado.²⁹ De fato, atualmente,

²⁶ ROSS, Alison. **The Dynamics of Third-Party Funding III**. (2012). Disponível em: <<https://fulbrookmanagement.com/the-dynamics-of-third-party-funding-iii/>>. Acessado em: 03 Mar. 2018, p. 6.

²⁷ NAMIC (NATIONAL ASSOCIATION OF MUTUAL INSURANCE COMPANIES). **Third-Party Litigation Funding: Tipping the Scales of Justice for Profit**. (2011). Disponível em: <https://www.namic.org/pdf/publicpolicy/1106_thirdPartyLitigation.pdf>. Acessado em: 09 Mar. 2018, p. 7.

²⁸ SHAW, Gary J. Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit. *In Arbitration International*. Vol. 33. Issue 1. Março de 2017, p. 109-120. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/arbint/aiw007>>. Acessado em: 23 mai. 2016, p. 4; BOULLE, Thibault De. **“Third-Party Funding” in International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 32.

²⁹ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional**. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 63. *“Proponents of litigation funding cite access to justice, leveling of the playing field between plaintiffs and defendants, free speech, and private enforcement of the law as key advantages of the practice”* (tradução livre: incentivadores do financiamento de litígios citam o acesso à justiça, o nivelamento das condições de disputas entre demandante e demandado, direito de expressão, e a aplicação privada da lei como principais vantagens da prática) (STEINITZ, Maya. The Litigation Finance Contract. *In William & Mary Law Review*. Rev. 455/2012. Vol. 54. Issue 2. Article n. 4. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss2/4>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 483).

a razão mais comum pela qual se recorre ao *third-party funding* é a busca de suporte financeiro para custear as despesas da perseguição ou defesa de interesses em um dado procedimento litigioso.³⁰ Deve-se, entretanto, desfazer essa cultura pela qual se entende o financiamento como recurso válido unicamente para situação de impecuniosidade.

ii. Sob uma outra perspectiva, de uma lógica econômico-financeira, veja-se que se pode recorrer ao *third-party funding* com o objetivo de manutenção do fluxo de caixa de uma dada empresa. O ingresso com um procedimento judicial ou arbitral não é, certamente, um investimento para parte – mas sim um insucesso de uma relação econômica, sendo que ao se autofinanciar, além de se retirar capital do fluxo de caixa, incorre-se no risco do não retorno do valor aportado no procedimento.³¹ Tenha-se em mente ainda que, mesmo partes economicamente fortes, podem optar por recorrer ao *third-party funding* como uma estratégia de gerenciamento de risco (*cost/risk management*) – cuja atividade de balanço econômico-jurídico é cada vez mais um papel dos departamentos jurídicos das empresas.³² O equacionamento dos riscos e valores decorrentes dos custos do evento jurídico, do valor envolvido na causa e, principalmente, da significância daquela causa para a atividade empresarial, assim, contribui para o melhor equilíbrio dos balancetes, receitas e despesas de uma empresa.³³

iii. Além disso, uma outra consequência positiva do recurso ao *third-party funding* é o combate ao desequilíbrio de poder econômico entre as partes para fins de persecução da demanda – elidindo-se a imposição de acordos desfavoráveis a uma parte financeiramente menos abastada.³⁴ Esse desbalanço econômico é combatido através da assução da

³⁰ NIEUWVELD, L. Bench; SAHANI, V. Shannon. **Third-Party Funding in International Arbitration**, 2ª Ed. Kluwer: [S.L.] 2017, p. 11.

³¹ *Ibidem*, p. 11; ICC COMMISSION REPORT. Decisions on Costs in International Arbitration. (Issue 2). In **ICC Dispute Resolution Bulletin 2015**. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/decisions-on-costs-in-international-arbitration-icc-arbitration-and-adr-commission-report/>>. Acessado em: 11 jul. 2018, p. 16.

³² ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 20.

³³ CREMADES, Bernardo M. **Third-party Funding in International Arbitration**. (2011) Disponível em: <<http://www.cremades.com/en/publications/third-party-funding-in-international-arbitration/>>. Acessado em: 02 Mar. 2018, p. 3; BOULLE, Thibault De. **“Third-Party Funding” in International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 33.

³⁴ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional**. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 14.

responsabilidade dos custos do procedimento pelo *third-party funder*, impossibilitando ou, ao menos, dificultando a restrição do acesso integral à arbitragem internacional unicamente às grandes empresas.

iv. Um outro reflexo decorrente da atuação do *third-party funding* é a participação de capital humano especializado, que, com sua experiência e corpo técnico, é capaz de auxiliar o desenho de estratégias processuais e de decisões mais acuradas, proporcionando uma avaliação ainda mais isenta das chances de êxito do processo.³⁵ Assim, diferentemente da vertente contrária ao *third-party funding*, a atividade evidentemente funciona como um *gatekeeping* de demandas desprovidas de mérito.³⁶ Ao invés de prologar litígios, *third-party funders* incentivam, na grande maioria das vezes, a realização de acordos visando assegurar o recebimento de valores, mesmo que, muitas vezes, em menor montante aos que receberiam em sede de sentença.³⁷ Essa conduta é baseada em uma lógica: os agentes econômicos buscam elidir inseguranças jurídicas e incertezas, ainda mais quando se está em jogo valores tão expressivos. Apesar de todo *due diligence* e a avaliação do mérito do caso, a incerteza da sentença é uma constante até o fim do procedimento.

A prática não apresenta dados diferentes. O levantamento feito, em 2017, pela Burford Capital, demonstrou, na figura 3, que a maioria dos entrevistados não entendem que o *third-party funding* irá aumentar o número de demandas desprovidas de mérito.

³⁵ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros**: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 71; SHAW, Gary J. Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit. In **Arbitration International**. Vol. 33. Issue 1. Março de 2017, p. 109-120. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/arbint/aiw007>>. Acessado em: 23 mai. 2016, p. 113.

³⁶ FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitradores por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 103; SHAW, Gary J. *Op.cit.*, p. 114; “*a litigation funding company has no incentive to make a non-recourse loan to finance a meritless case*” (tradução livre: uma empresa de financiamento de litígios não tem nenhum incentivo em realizar um financiamento *non-recourse basis* para financiar um caso desprovido de mérito) (NAMIC (NATIONAL ASSOCIATION OF MUTUAL INSURANCE COMPANIES). **Third-Party Litigation Funding**: Tipping the Scales of Justice for Profit. (2011). Disponível em: <https://www.namic.org/pdf/publicpolicy/1106_thirdPartyLitigation.pdf>. Acessado em: 09 Mar. 2018, p. 6).

³⁷ STEINITZ, Maya. The Litigation Finance Contract. In **William & Mary Law Review**. Rev. 455/2012. Vol. 54. Issue 2. Article n. 4. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss2/4>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 489.

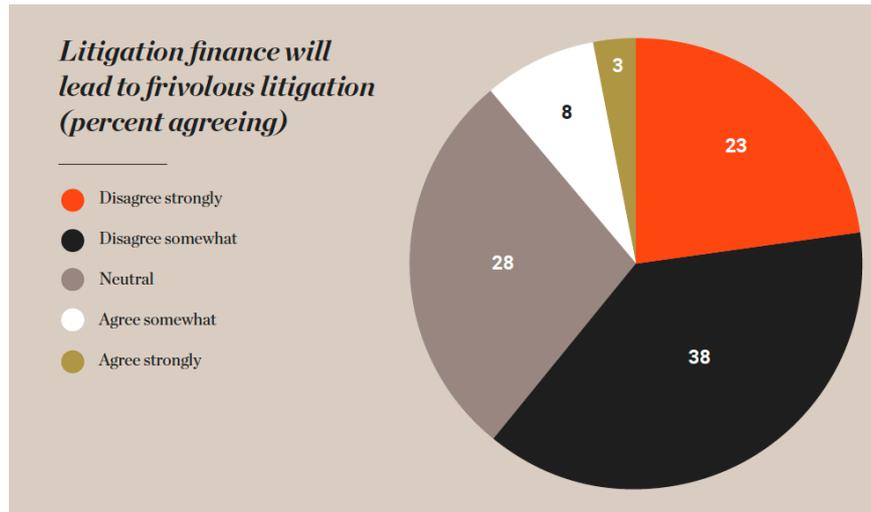


Figura 3. Gráfico Buford de Incentivo à Demandas Desprovidas de Mérito.

Registre-se ainda que não se sustenta, em sede de arbitragem internacional comercial, a ilação descrita acima a respeito da avaliação pelo *third-party funder* da realização do financiamento de um caso no qual saiba que exista conflitos de interesses com o árbitro, mas que pondera a celebração do contrato, mesmo presente este risco, em face da grande chance de alto retorno financeiro. Certamente, nesse nincho da arbitragem, trata-se de situação muito improvável pelo risco, complexidade e, fortemente, pelo valor aportado no procedimento. Seja a título de *gamblers* ou de *vulture investors* é necessário um pouco de parcimônia para se saber o risco e quanto se poderá perder.³⁸

Anote-se, por fim, que, ainda mais na arbitragem internacional, existe uma questão reputacional envolvendo as empresas de financiamento de litígios – o que incentiva a não adoção de condutas e estratégias que irão de encontro com os interesses da parte ou que se apresentem como uma má decisão de mercado.

1.4 FORMAS, ESTRUTURAS E MODALIDADES DE FINANCIAMENTOS DE DISPUTAS

Como já se mencionou, *third-party funding* não se resume ao produto fornecido por empresas de financiamento de disputas na modalidade *non-recourse basis*. Existem diversas formas, estruturas e modalidades de se financiar um procedimento arbitral, e judicial, através de

³⁸ Sobre o adjetivações ao *third-party funder* ver, por todos, ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration**. [S.L.]: Oxford University Press, 2014, p. 178-179.

capital externo. Este recurso pode ser obtido no início do procedimento, no meio ou mesmo em fase de execução.³⁹ Não se pretende neste trabalho, entretanto, elencar de forma exaustiva todas as possibilidades e formas de se angariar fundos externos, mas meramente destacar as principais e mais recorrentes dinâmicas no mercado. Além disso, deve-se buscar compreender as seguintes modalidades à luz dos interesses que cada estrutura cria no resultado econômico final da demanda. Atente-se que os itens que se seguem não necessariamente serão considerados *third-party funding*, mas sim formas de se obter recurso externo. O que seja *third-party funding* e *third-party funder* será delimitado pelas definições adotadas no item 1.5.

Dentre um universo de possibilidades, a literatura menciona mais recorrentemente as seguintes alternativas de financiamento: (1.4.1) produtos jurídicos oferecidos por empresas de financiamento de disputas, (1.4.2) honorários de advocatícios de êxito; (1.4.3) celebração de algumas apólices de seguros; (1.4.4) contratação de empréstimos; (1.4.5) investimentos corporativos de financiamento; e (1.4.6) recursos advindos de pessoas físicas ou jurídicas com interesses indiretos.

1.4.1 Empresas de Financiamento de Disputas

Como já mencionado e ilustrado na figura 1, onde se demonstrou o custo médio das taxas de administração e honorários dos árbitros de algumas instituições, em sede arbitragem internacional é necessário um investimento significativo, que ainda demanda expertise técnica na sua avaliação. Neste nincho de mercado, pois, há empresas de financiamento especializadas na realização desses financiamentos, que se dedicam quase que exclusivamente no investimento de eventos jurídicos.

Optamos pela nomenclatura de empresas de financiamento de disputas por não existir uma forma societária rígida que estes atores adotam. Pode-se afirmar que a grande maioria organiza-se através de fundos de investimento, muito em razão da necessidade de imobilizar um grande contingente financeiro.⁴⁰ Outras formas de organização, entretanto, são

³⁹ SCHERER, Maxi; GOLDSMITH, Aren; FLECHET, Camille. **Third Party Funding in International Arbitration in Europe**: Part 1 – Funders’ Perspectives. *International Business Law Journal* (2012). Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n. 164/2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2348737>>. Acessado em: 05 mai. 2018, p. 209.

⁴⁰ Em razão do objeto deste trabalho, não se detalha aqui a natureza jurídica e a estrutura dos fundos de investimentos. *Vide* SOUTO, Saint-Clair Diniz Martins. **Fundos de Investimento**: um tipo societário autônomo e suas principais características. Universidade de Brasília. Dissertação de Mestrado. Brasília. 2016; TERPINS, Nicole Mattar Haddad. **A natureza jurídica dos fundos de investimento imobiliários**. Universidade de São Paulo. Dissertação de Mestrado. São Paulo. 2013.

possíveis, como, *e.g.*, a estrutura de uma sociedade anônima ou de responsabilidade limitada, como adotado pela Buford Capital.⁴¹ Além disso, considere que a forma que cada empresa de financiamento de disputas utiliza para levantar os recursos financeiros necessário para realizar o investimento pode variar. É possível, *e.g.*: a utilização de capital próprio; o recurso ao mercado de capitais; a busca de investidores; e o manuseio dos fundos de aplicação de quotistas de um fundo de investimento.

No cenário internacional já se percebe um grande número de empresas no mercado. A título de exemplo, pode-se elencar algumas entidades que já se fixaram no mercado: Juridica Investment; Harbour Litigation Funding Limited; The Judge; Woodsford Litigation Funding; Vannin Capital; Calunius Capital LLP; Burford Capital; Fulbrook Management LLC; Parabellum Capital LLC; Parabellum Capital LLC; Omni Bridgeway; Leste Litigation Finance; Foris AD; IMF Bentham Limited; Lex Finance; Redress Solutions PLC; Roland ProzessFinanz AG; Therium Capital Management Limited; International Litigation Funding Partners PTE Ltd. Na América latina, apesar de a maioria dos sistemas legais não proibir o *third-party funding*, até mesmo por serem majoritariamente de *civil law*, o uso desses financiamentos é embrionário – porém em contínuo crescimento. Com o aumento do número de arbitragens, bem como com o desenvolvimento de *guidelines* e com o surgimento de empresas de financiamento de disputas locais, a contratação dos serviços ofertados por estas empresas se tornará cada vez mais recorrente.⁴²

Alguns tentam dividir em seguimentos: *litigation funding* e *arbitration funding*,⁴³ consumo e comercial,⁴⁴ individual e em *portfolio*.⁴⁵ Apesar de se realizar essas distinções de frentes de mercado, as empresas de financiamento de disputas não se dividem entre estes setores, não obstante ser possível terem uma atuação predominante em uma determinada área.

⁴¹ BURFORD CAPITAL LTD., **Admission To Trading on AIM (Alternative Investment Market) Document**. Disponível em: <<http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2016/09/burford-admission-document.pdf>>. Acessado em: 11 Ago. 2018.

⁴² KRUG, Zachary. The steady rise of litigation funding in latin America. In **Corporate Dispute Magazine**. Disponível em: <<https://www.corporatedisputemagazine.com>>. Acessado em: 04 mai. 2018, p. 2.

⁴³ WOODSFORD. **Home**. Disponível em: <<https://woodsfordlitigationfunding.com>>. Acessado em: 02 jun. 2018.

⁴⁴ STEINITZ, Maya. The Litigation Finance Contract. In **William & Mary Law Review**. Rev. 455/2012. Vol. 54. Issue 2. Article n. 4. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss2/4>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 460.

⁴⁵ Pode-se encontrar ainda outras segmentações propostas, tais como, *e.g.*, *individual plaintiff model* e *corporate litigant model*. A discussão é, em suma, irrelevante, uma vez que, como salientado, o mercado não é dividido nestes estritos moldes (NAMIC (NATIONAL ASSOCIATION OF MUTUAL INSURANCE COMPANIES). **Third-Party Litigation Funding: Tipping the Scales of Justice for Profit**. (2011). Disponível em: <https://www.namic.org/pdf/publicpolicy/1106_thirdPartyLitigation.pdf>. Acessado em: 09 Mar. 2018, p. 2).

Neste trabalho, entretanto, o recorte adotado examina o financiamento concedido a partes sofisticadas em procedimentos de arbitragem comercial internacional.

Em face das necessidades do mercado, a indústria do *claim financing business* oferta diversos produtos no mercado. A LESTE *Litigation Finance*, e.g., atualmente, a única empresa especializada no Brasil no setor, por exemplo, realiza as seguintes operações: financiamento de arbitragens, antecipação de recebíveis advindos da sentença arbitral, aquisição de direitos creditórios em disputas judiciais e aquisição de precatórios.⁴⁶ A LESTE ressalva, todavia, a realização de outras operações é totalmente possível, inclusive apontam seu interesse em trazer para o mercado o produto do *law firm portfolio financing* (estudado no item 1.4.1.2).

Sobre essa diversidade de estruturas, a Burford Capital realizou um levantamento, nas jurisdições dos Estados Unidos da América, da Inglaterra e da Austrália, a respeito dos principais produtos utilizados por escritórios e departamento jurídicos no que tange o financiamento de procedimentos judiciais e arbitrais, chegando os índices representados no gráfico da figura 4.⁴⁷ O maior número de financiamentos, como constatado pela pesquisa, é realizado através de uma análise caso-a-caso.

⁴⁶ Anote-se que o elenco deste produto não é estanque. O desenvolvimento de novos produtos encontra-se em constante expansão, dependendo da aceitação e necessidade dos agentes econômicos. A LESTE *Litigation Finance*, por exemplo, ainda não colocou no mercado o financiamento de escritórios de advocacia (*lawfirm finance*), apesar de se ter a pretensão (Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil); LESTE. **Manual de Compliance, Código de Ética e Controles Internos**. Versão: 2018-3. Disponível em: <http://www.lete.com/pt/lete-litigation-finance/www.lete.com/wp-content/uploads/sites/4/2018/03/2018_03%20Manual%20de%20Compliance%20Leste.pdf>. Acessado em: 20 Mai. 2018, p. 73. Veja ainda uma lista exemplificativa desenvolvida pela Burford Capital Ltd., no *Admission To Trading on AIM*, a respeito de algumas estruturas de investimento (BURFORD CAPITAL LTD., **Admission To Trading on AIM (Alternative Investment Market) Document**. Disponível em: <<http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2016/09/burford-admission-document.pdf>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 21).

⁴⁷ BURFORD. **2017 Litigation Finance Survey**. Disponível em: <<http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2017/09/Burford-2017-Litigation-Finance-Research-Whitepaper.pdf>>. Acessado em: 03 Set. 2018, p. 22.

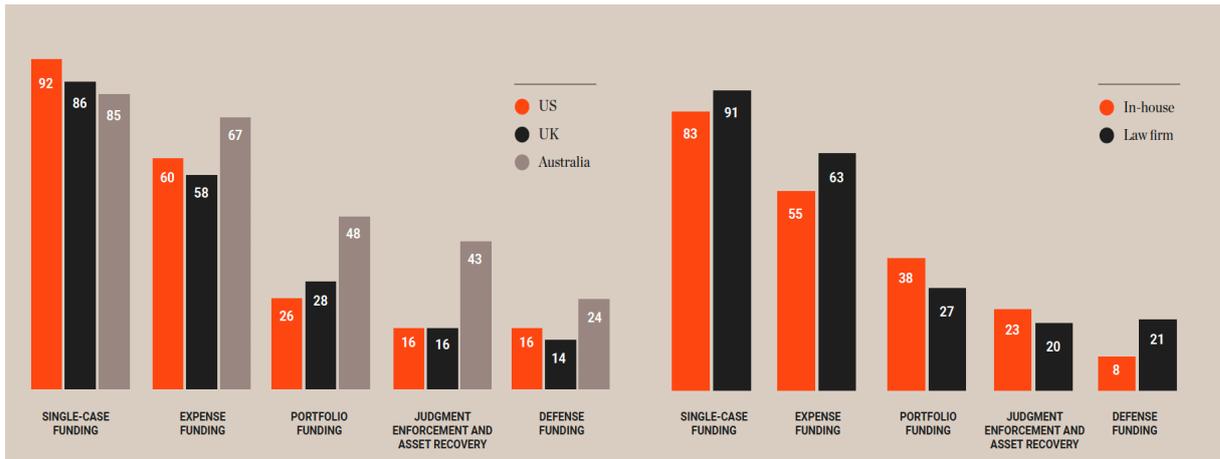


Figura 4. Gráfico da Burford de Produtos Utilizados por Escritórios e Departamentos.

Há, portanto, uma infinidade de estruturas financeiras que podem ser disponibilizadas. Nosso objetivo, assim, será o de verificar aquelas mais comuns no mercado, quais sejam, (1.4.1.1) *non-recourse arbitration financing*; (1.4.1.2) *portfolio funding*; (1.4.1.3) demanda como ativo financeiro negociável; (1.4.1.4) *equity financing*; (1.4.1.5) cessão de direitos litigiosos; (1.4.1.6) financiamento de execuções.

1.4.1.1 *Non-Recourse Financing*

O produto do *non-recourse financing*, dentro da indústria do financiamento de disputas, no que tange ao nincho da arbitragem, certamente, é o de utilização mais difundida e crescente no mercado.⁴⁸ Na literatura, esta é a modalidade mais genericamente denominada pela rubrica de *third-party funding* – como será salientado no item 1.5.2.

Nessa estrutura, assim, a empresa de financiamento de disputas, literalmente, investe na demanda, isto é, incorre no risco de sucesso da demanda através do custeio das despesas do procedimento – nos termos do *Project Plan* contratual – em troca de, unicamente no caso de êxito ou celebração de acordo, ser intitulada de uma parcela sobre o produto econômico da demanda, ou ter direito a uma remuneração com base na aplicação de um múltiplo sobre o valor investido. Esta estrutura é maleável e modelável caso-a-caso, sempre de acordo com nível de risco assumido pela empresa. De todas as formas, a contraprestação pelo investimento, nesta modalidade, estará atada ao resultado da demanda.

⁴⁸STEINITZ, Maya. The Litigation Finance Contract. In **William & Mary Law Review**. Rev. 455/2012. Vol. 54. Issue 2. Article n. 4. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss2/4>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 459.

Como se destacará no item 1.4.3, diferentemente de apólices de seguro *after-the event* (ATE), os recursos financeiros fornecidos pelo *third-party funder* são repassados para a parte na medida que o procedimento for se desenvolvendo – tudo na forma do *Project Plan* contratual. As referidas apólices, por outro lado, responsabilizam a segurado pelo reembolso dos custos e despesas do procedimento caso a parte não tenha sucesso na demanda.

Vale salientar que, em outras modalidades, mas nesta marcadamente, o *third-party funder* assume duas esferas de incertezas: *i.* o risco inerente ao resultado da disputa, de ser concedida uma decisão favorável à parte, ou não; e *ii.* o risco de eventual procedimento de reconhecimento e execução de sentença arbitral.⁴⁹

1.4.1.2 *Portfolio Funding*

Do lado oposto ao financiamento de um caso específico (*single-case funding*), encontra-se o chamado *portfolio funding*, que opera em regime de risco agregado. Isto é, o risco de cada demanda é diluído em uma carteira de casos, que guardem semelhanças entre si.⁵⁰ Assim, segundo Cruz, esta modalidade de financiamento gera “uma economia na *learning curve*, já que o tempo despendido para o aprendizado de suas peculiaridades pode ser otimizado e o risco, porquanto repartido entre múltiplos casos, melhor comportado”.⁵¹

Portfolio fundings podem ser estruturados de diversas formas. Há duas formas de estruturação, entretanto, que são mais recorrentes. *i.* A primeira envolve escritórios de advocacia ou um setor específico do escritório (*law firm portfolio funding/financing*), no qual diversos clientes ou um quadro de demandas de um mesmo cliente são financiadas. *ii.* A segunda modalidade envolve empresas ou entidades que possuem uma quantidade de disputas

⁴⁹ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 41.

⁵⁰ NAMIC (NATIONAL ASSOCIATION OF MUTUAL INSURANCE COMPANIES). **Third-Party Litigation Funding: Tipping the Scales of Justice for Profit.** (2011). Disponível em: <https://www.namic.org/pdf/publicpolicy/1106_thirdPartyLitigation.pdf>. Acessado em: 09 Mar. 2018, p. 7.

⁵¹ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional.** (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 75-76; NAMIC, *Op.cit.*, *loc.cit.*

significativa.⁵² Em ambas as situações, veja-se que não há uma relação direta entre o *third-party funder* e a parte na disputa, mas sim uma relação com o próprio escritório.⁵³

Iain McKenny, *General Counsel of Disputes* da Vannin Capital, em entrevista, explicou que existem duas principais formas *portfolio funding*: (i) uma parte, normalmente uma grande companhia, com várias demandas; ou (ii) vários demandantes com uma semelhante causa de pedir. Salientou-se, entretanto, que a primeira forma é a mais comum, uma vez que permite que um agente possa administrar diversas disputas, nos dois polos, como demandante e demandado. Os casos, porém, segundo Iain McKenny, continuam sendo avaliados com base em seu próprio mérito, até mesmo uma questão de reputação da empresa financiadora.⁵⁴

Em ambos os casos, o escritório e a empresa ou entidade financiada beneficiam-se do financiamento de alguns casos que, se não se inserissem em um *portfolio funding*, não seriam financiados individualmente.⁵⁵

Nessas estruturas, o retorno do investimento do *third-party funder*, ao invés de se vincular a um caso específico, pode resultar de uma parcela do resultado líquido da performance de todo *portfolio* ou sobre o total de honorários de êxito auferido pelo escritório de advocacia.⁵⁶ Anote-se, todavia, que não existe um formato padrão. Pode-se, *e.g.*, ter um *portfolio* de casos que recebem o financiamento, porém o retorno do investimento do *third-party funder* está condicionado ao produto de outra carteira de casos.⁵⁷

Normalmente, através do *law firm portfolio financing*, a empresa financia a prática de honorários de êxito em um caso ou por um setor do escritório de advocacia, tornando-se titular de uma parcela do valor líquido proveniente dos honorários de êxito auferidos do conjunto de casos financiado. Assim, a depender da estrutura, adianta-se os honorários do advogado em troca de uma parcela do total de honorários de êxito decorrente do sucesso da carteira de casos. Um benefício desse financiamento é a melhor administração e

⁵² ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 38.

⁵³ *Ibidem, loc.cit.*

⁵⁴ CHANG, Eric Z. **Portfolio Funding, Decoded: An Interview With Iain McKenny of Vannin Capital.** (2017). Disponível em: <<http://third-party-funding.org/blog/portfolio-funding-decoded-interview-iain-mckenny-vannin-capital/>>. Acessado em: 15 Fev. 2018, 1-2.

⁵⁵ BOGART, Christopher P. Overview of Arbitration Finance. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC, Volume 10.** Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 53.

⁵⁶ Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

⁵⁷ ICCA & QUEEN-MARY. *Op.cit.*, p. 47; Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

equacionamento de eventuais custos inesperados de um caso, que podem ser balanceados com outros de casos com menor despesa.

Além disso, proporciona-se às empresas e entidades financiadas a possibilidade de monetizar o *portfolio*, utilizando a expectativa de capital futuramente proveniente das disputas como um ativo financeiro negociável.⁵⁸

Ademais, anote-se que um *portfolio* pode ser ainda refinanciado, ou seja, um segundo *third-party funder* aporta capital em troca de algum retorno.⁵⁹

1.4.1.3 Demanda como Ativo Financeiro Negociável

Com o crescimento do mercado de financiamento de disputas, novos produtos vão surgindo e sendo demandados, inclusive com a utilização do capital da empresa de financiamento de disputas com propósitos outros diferente do próprio financiamento da disputa. Pendente um procedimento, judicial ou arbitral, a demanda pode ser tratada como um ativo financeiro a ser recebível, sendo utilizável como um facilitador ao acesso de capital, como, *e.g.*, para a concessão de empréstimo com menor taxas de interesse ou mesmo para antecipar uma parcela do valor a ser recebido.⁶⁰

Assim, a parte no procedimento pode se valer do seu ativo financeiro, ou seja, a pendente demanda, para facilitar o levantamento de capital com diversos propósitos, em troca da cessão de uma parcela dos direitos creditórios para a empresa. Trata-se, entretanto, de contrato que depende de certas variáveis para ser atrativo para a empresa de financiamento de disputas. Isso porque o capital que a parte busca, muitas vezes, deve ser de repasse imediato – o que impõe um risco grande para a empresa no sentido de que a parte pode perder o interesse em cooperar e buscar o sucesso da demanda.⁶¹ Apesar de não se tratar de um financiamento essencialmente, a figura da empresa de financiamento de disputas tem sua remuneração atada ao resultado da demanda e, por isso, deve ser considerada na avaliação de conflitos de interesses do árbitro.

⁵⁸ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 38.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 39.

⁶¹ *Ibidem*, *loc.cit.*

Um exemplo da monetarização de recebíveis como facilitador de obtenção de capital pode-se extrair da operação realizada pela Buford Capital. Em 2012, a Buford concedeu um empréstimo de US\$ 15.000,00 à Rulelec PLC com uma margem menor de interesse, de 12%, recebendo em troca uma parcela dos direitos creditórios derivados da sentença arbitral, variável em função da duração do procedimento e do produto econômico final. Para tanto, realizou-se a monetarização do valor dos recebíveis de procedimento arbitral no qual a Rulelec PLC era demandante em face do Estado da Bolívia por direitos de exploração de usinas de energia. Dessa forma, apesar de não ter se valido de *third-party funding* essencialmente, a Rulelec PLC, ao invés de aguardar o produto da sentença arbitral, apoiou-se na percepção do litígio arbitral como um ativo financeiro para buscar uma linha de crédito em melhores condições.⁶²

1.4.1.4 *Equity Funding*

Uma outra alternativa de financiamento, dessa vez mais intrusiva, é a compra de quotas sociais ou ações (*equity*)⁶³ da entidade financiada. Nesta modalidade, ao invés de se firmar um contrato de cessão de direitos creditórios, a empresa de financiamento de disputas é reembolsada do investimento por meio da própria distribuição de lucros da sociedade, via de regra, desproporcional, que passar a ser parte.⁶⁴

Essa alternativa mostra-se mais viável caso a parte seja uma sociedade de propósito específico (SPE) ou uma sociedade que só tenha como ativo a própria demanda.⁶⁵ Além disso, veja-se que, ainda assim, por meio desse investimento se pode ser suscitado os impedimentos emanados da doutrina do *champerty e maintenance* – uma vez que a empresa de financiamento de disputas será considerada *affiliate corporation* daquela.

1.4.1.5 Cessão de Direitos Litigiosos

⁶² BUFORD. **Burford Capital Receives \$26 Million From Innovative Corporate Debt Facility Backed By Arbitration Claim**. Press Release. (03 de junho de 2014). Disponível em: <<http://www.burfordcapital.com/newsroom/burford-capital-receives-26-million-from-innovative-corporate-debt-facility-backed-by-arbitration-claim/>>. Acessado em: 29 jul. 2018.

⁶³ O Black's Law Dictionary apresenta o seguinte conceito de *equity*: “8. *An ownership interest in property, esp., in a business*; 9. *A share in a publicly traded company*” (tradução livre: “8. Um direito patrimonial sobre propriedade, especialmente em um negócio; 9. Uma ação em uma companhia de capital aberto”) (GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 9ª ed. [S.L]: Thomson Reuters, 2009, p. 67).

⁶⁴ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 40.

⁶⁵ *Ibidem, loc.cit.*

Através da cessão do direito litigioso, total ou parcial, terceiro cessionário passa a ter direitos sobre o objeto da demanda em si. A parte originária, ao invés de aguardar todo o procedimento, recebe de imediato um valor menor.⁶⁶ Pode ser, a depender da situação, uma alternativa preferível, ao invés de se aguardar o deslinde do procedimento. A cessão de direitos litigiosos, todavia, não é uma modalidade de *third-party funding* em si,⁶⁷ uma vez que o cessionário deixa de ser terceiro e passa ser titular do direito que se discute.

Pela aquisição total dos direitos litigiosos, terceiro cessionário passa a ser o único titular de direitos sobre o objeto litigioso em si.⁶⁸ Esse terceiro passa, via de regra, a condicionar o direcionamento do caso, mesmo que não se proceda a substituição da parte no procedimento arbitral, se a arbitragem já tiver se iniciado.⁶⁹ A discussão, entretanto, das implicações da cessão não é objeto deste trabalho.⁷⁰

Por outro lado, é possível se verificar que, à luz do presente sistema de revelação, o terceiro cessionário terá sua identidade revelada no procedimento por se enquadrar no conceito de *affiliate corporation* (que será estudado nos itens 1.5.3.1 e 3.1.1 deste trabalho). Nestes termos, apesar de a cessão de direitos litigiosos não ser uma espécie de *third-party*

⁶⁶ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 40.

⁶⁷ GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure.** 1ª ed. [S.L]: Kluwer Law International, 2016, p. 29; FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem.** Porto Alegre: Magister, 2015, p. 104.

⁶⁸ A vantagem de se adquirir a demanda é a assunção pelo *third-party funder* do controle do direcionamento do procedimento. A cessão, todavia, só é realizada após devido procedimento de *due diligence* e preenchimento dos requisitos estabelecidos pelo *third-party funder*. Nesta sistemática, ademais, pode-se registrar duas modalidades de compra: (i) o *third-party funder* paga um valor grande para assumir de vez o controle e direito sobre o produto da demanda, ou (ii) o *third-party funder* paga um valor menor tendo, lado outro, titularidade sobre uma parcela do valor restituído. Nas jurisdições de *common law*, entretanto, a cessão total de direitos litigiosos pode ser proibida. Na Inglaterra, entretanto, é possível a cessão de direitos litigiosos por empresas em liquidação – o que levou, inclusive, à preferência de *third-party funders* por essa cessão ao invés do financiamento do procedimento normalmente feito (TAYLOR, Elizabeth. **Acquisition of Claims by Third Party Litigation Funders** (16 abril 2018). Disponível em: <<http://www.mondaq.com/uk/x/692340/Insolvency+Bankruptcy/Acquisition+Of+Claims+By+Third+Party+Litigation+Funders>>. Acessado em: 29 jul. 2018); ICCA & QUEEN-MARY. *Op.cit.*, *loc.cit.*

⁶⁹ FERRO, Marcelo Roberto. *Op.cit.*, p. 104-105; “if the full claim is assigned to the third-party funder before the arbitration is even initiated and if there is no dispute as to the validity of the assignment, the third-party funder will be a party to the arbitration just as any other party would be” (tradução livre: “se uma demanda inteira é cedida para um *third-party funder* antes da arbitragem ter sido iniciada e se não existir disputa sobre a validade da cessão, o *third-party funder* será parte na arbitragem assim como qualquer outra parte seria”) (LÉVY, Laurent; BONNAN, Regis. **Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings.** In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party Funding in International Arbitration.** Dossiers – ICC, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 87).

⁷⁰ Ver, por todos, GIRSBERGER, Daniel; HAUSMANINGER, Christian. Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate. In **Arbitration International.** Vol. 8. N. 2. London: Oxford, 1992.

funding, a esfera de interesses desse terceiro é avaliada para fins de conflitos de interesses dos árbitros.

1.4.1.6 Financiamento de Procedimento de Reconhecimento e Execução de Sentença

Como destacado acima, a análise da probabilidade de êxito de um eventual procedimento de reconhecimento e execução sentença arbitral é um fator relevante quando da análise de risco e da viabilidade da concessão, ou não, de um financiamento.

Atualmente, entretanto, o financiamento desses procedimentos é um produto autônomo, o qual partes recorrem na busca de recursos financeiros, divisão de custos e riscos e da expertise dessas empresas de financiamento de disputas na realização de procedimentos de reconhecimento e execução forçada em outras jurisdições.

Sob este enfoque, há duas preocupações dos *third-party funders*: (i) a identificação, localização e disponibilidade de ativos possíveis de serem executados; e (ii) a probabilidade e viabilidade de reconhecimento e execução da sentença no país que se poderá buscar a constrição de bens. Em razão de tanto, atualmente, as empresas de financiamento de disputas já possuem setores responsáveis pela busca de ativos da parte contrária da demanda.⁷¹

Apesar da possibilidade de se desenhar um contrato apartado para financiamento de reconhecimentos e execuções de sentença arbitrais, este produto pode estar contido nos próprios contratos de financiamento na modalidade *non-recourse arbitration financing*, uma vez que as empresas, na hipótese de não cumprimento voluntário, somente terão acesso aos valores caso realizem uma execução bem-sucedida.⁷²

1.4.2 Honorários Advocatícios de Êxito

Advogados e escritórios de advocacia, através da prática de honorários de êxito, totais (*contingency fees*) ou parciais (*conditional fees*), atuam, em certa medida, como financiadores do pleito da parte, pelo menos de um montante deste custo, uma vez que o advogado ou escritório está investindo o próprio serviço no sucesso da demanda.⁷³

⁷¹ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 41.

⁷² *Ibidem, loc.cit.*

⁷³ KAPLAN, Charles. Third-Party Funding in International Arbitration Issues for Counsel. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC, Volume 10.** Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 70.

As estruturas variam de caso-a-caso. De forma genérica, porém, nestes acordos, o cliente, seja com seus próprios fundos ou mesmo com outros financiamentos externos, financia as despesas e custos do procedimento arbitral, enquanto seu representante legal investe o valor dos seus serviços na persecução da causa. Neste modelo, o escritório de advocacia somente será remunerado em caso de sucesso da demanda, recebendo uma parcela do produto econômico da sentença ou acordo. Não se exclui, todavia, a possibilidade do escritório negociar em assumir demais custos do procedimento judicial ou arbitral em troca de uma maior parcela do resultado da demanda – apesar de não ser comum.⁷⁴

Nesta estrutura, ainda mais quando o escritório assume outras despesas do procedimento, atua-se muito similarmente às empresas de financiamento de litígios. A maioria dos escritórios, todavia, são avessos a aportar significativa quantidade de honorários em demandas grandes e complexas, que necessitem de bastante capital humano e atenção. Atualmente, entretanto, há a disponibilidade de apólices de seguros e *law firm portfolio financing* que estão oportunizando a realização em um maior número de casos da prática de honorários de êxito, com a redução de riscos e manutenção de fluxo de caixa dos escritórios.⁷⁵

Atente-se, por fim, que as restrições legais presentes em algumas jurisdições, como mencionado no item 1.2, podem se aplicar também à atividade de prestação de serviços advocatícios. Na Inglaterra, França e Suíça, *e.g.*, o puro honorário de êxito, isto é, o *contingency fees*, é proibido, apesar de na Inglaterra e Suíça ser possível a estipulação de um múltiplo sobre um valor fixo e predeterminado em caso de êxito.⁷⁶

Outras arquiteturas de cobranças de honorários podem ser desenhadas, o que podem influenciar em um maior ou menor interesse do advogado e do escritório no resultado econômico final da demanda. Pode-se, como, *e.g.*, fixar limites de honorários com direito à uma parcela sobre o produto econômico final. Um levantamento feito pela PricewaterhouseCoopers,

⁷⁴ GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure**. 1ª ed. [S.L.]: Kluwer Law International, 2016, p. 51-52; ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 36.

⁷⁵ *Ibidem, loc.cit.*

⁷⁶ KAPLAN, Charles. Third-Party Funding in International Arbitration Issues for Counsel. *In*: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC, Volume 10**. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 71.

em 2013, representado na figura 5, indicou alguns usos de estruturas de honorários e o nível de sua utilização na prática.⁷⁷

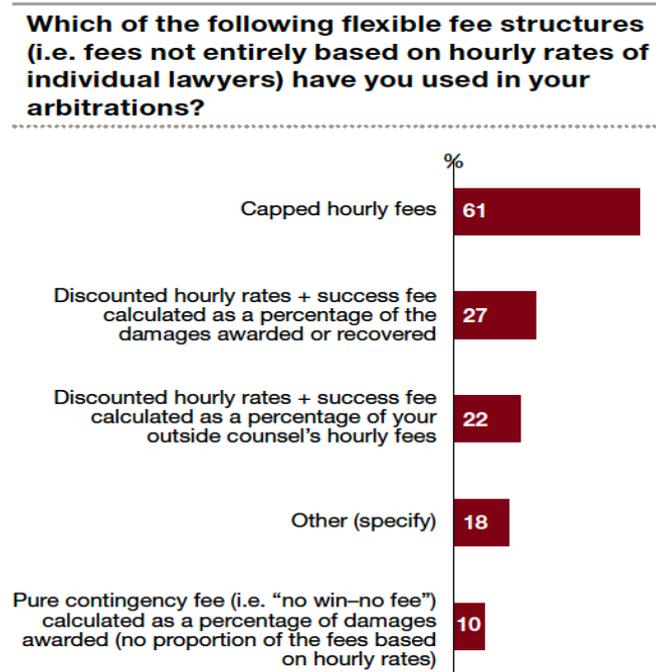


Figura 5. Gráfico Pwc de Estruturas de Honorários de Advogado.

A propósito, a razão de o puro honorário de êxito não ser na prática mais frequente é que, segundo as empresas entrevistadas no levantamento, as incertezas dos valores dessa estrutura não são atrativas – além de serem os escritórios, como mencionado, avessos ao risco do emprego de uma grande quantidade de honorários nestes eventos de grande complexidade.⁷⁸

1.4.3 Apólices de Seguro

Os produtos de seguradoras para disputas judiciais ou arbitrais, pelo menos os mais conhecidos, podem ser divididos em (a) apólices de custos e despesas e (b) apólices de responsabilidade (ou seguro de resultado). Ambas podem ser contratadas anteriormente (*before-the-event insurance* – BTE) ou posteriormente (*after-the-event insurance* – ATE) ao surgimento da demanda.⁷⁹

⁷⁷ PWC. **Corporate choices in International Arbitration: Industry perspectives.** Disponível em: <<https://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf>>. Acessado em: 03 Set. 2018, p. 19.

⁷⁸ *Ibidem, loc.cit.*

⁷⁹ GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure.** 1ª ed. [S.L.]: Kluwer Law International, 2016, p. 53.

Dentre as apólices de custos e despesas (a), há, assim, duas espécies: BTE e ATE.

i. Através da primeira, o segurado paga um prêmio à seguradora, via de regra, em periodicidade anual, em troca da cobertura de eventuais custos e despesas decorrente de perseguição ou defesa de uma eventual futura demanda. É um mercado, *e.g.*, bastante comum na Alemanha, onde aproximadamente 43% da população apresenta esse tipo de seguro.⁸⁰ Registre, entretanto, que, *a priori*, a modalidade BTE não se responsabiliza por eventual responsabilização do segurado na disputa – o que destaca, superficialmente, seu desinteresse no resultado final da demanda porque também sua remuneração está atada a esse resultado. Poderia até se cogitar que a seguradora poderia ter interesse que o procedimento fosse o menor e com o mais baixo custo possível – mas algo relacionado não sobre o resultado material ou econômico da sentença. Por outro lado, a partir dos anos 2000, na Inglaterra, *ii.* surgiu a modalidade ATE desses seguros de custos e despesas, primeiramente como apólices de seguro celebradas após o surgimento do litígio para cobrir valores de eventuais ônus decorrentes da sucumbência do segurado. Nesta apólice, portanto, cobre-se o risco do segurado de ser condenado a pagar os custos e despesas da parte contrária e, em algumas apólices, os custos e despesas, totais ou até certo limite, do próprio segurado, em caso de detorreta deste. O eventual prêmio a ser pago pelo segurado à seguradora pode ser de 30% a 50% sobre o valor garantido ou, comumente, uma parcela sobre o produto econômico final da demanda.⁸¹ Veja-se, portanto, que nestas apólices de custos e despesas, enquanto que, via de regra, inexistente um interesse da seguradora no resultado da sentença na espécie BTE, na ATE há um grande interesse, até mesmo porque sua contraprestação está condicionada ao desfecho do procedimento.

As apólices de responsabilidade (b) também apresentam duas espécies: BTE e ATE.

i. Na primeira espécie, normalmente, a seguradora obriga-se a defender o segurado caso surja uma disputa e a indenizar o segurado por eventuais responsabilidades que venha a ser condenado – tudo conforme a cobertura estabelecida na apólice de seguro. Por outro lado, *ii.* as apólices de responsabilidade ATE oferecem ao segurado a cobertura de eventuais

⁸⁰ Na Alemanha, inclusive, uma das maiores seguradoras desse tipo de apólice é a famosa Allianz Seguros (STUERWALD, Christian. **An Analysis of Allianz's decision to discontinue its litigation funding business.** Calunius Capital LLP (2012) Disponível em: <<http://www.calunius.com/media/2747/cs%20-%20calunius%20article%20on%20allianz%204%20january%202012.pdf>>. Acesso em: 01 Mar. 2018, p. 1).

⁸¹ GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure.** 1ª ed. [S.L]: Kluwer Law International, 2016, p. 53-54; ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 34.

responsabilidades que venha a sofrer, até um certo patamar, em uma dada disputa já existente. A título de contraprestação, a seguradora recebe um prêmio variado em relação à estimativa e probabilidade de responsabilidade.⁸²

Hoje em dia já existe uma estrutura específica de seguro de procedimento judiciais e arbitrais. Na estrutura mais comum, a seguradora obriga-se a cobrir os custos e as despesas do procedimento, no patamar e critérios contratualmente estabelecidos, enquanto que o prêmio somente será pago em caso de sucesso da demanda ou celebração de acordo. Neste caso, o prêmio representa uma parcela do produto econômico final – todavia, usualmente em uma proporção muito menor em comparação ao cobrado por empresas de financiamento de disputas. O grande detalhe aqui é que, diferentemente destas empresas de financiamento de disputas, a seguradora não paga ou repassa quaisquer valores no decorrer do procedimento para a parte – somente em caso de insucesso da demanda, a seguradora é obrigada a reembolsar a parte pelas despesas que teve, e, caso contratado, sobre eventual condenações.⁸³

Bogart acredita inclusive que a maioria das empresas de financiamento de disputas da Inglaterra exige a contratação pela parte de uma apólice de seguro ATE. Assim, o autor afirma que se a empresa de financiamento e a parte escolhem litigar sem a apólice, eles estariam apostando na vitória do caso e buscando elidir os custos do pagamento de um prêmio futuro. Nesse caso, Bogart assevera que em caso de insucesso da demanda, a Corte inglesa tem entendido que os mesmos são responsáveis pelos custos decorrentes da sentença, isto é, sobre qualquer *adverse cost* e, pode-se cogitar, até mesmo sobre eventual ordem de *security for cost*.⁸⁴

1.4.4 Empréstimos

Uma opção ordinária é a contratação de empréstimo junto a instituições bancárias. Nesta modalidade, entretanto, inexistente um interesse da instituição financeira no resultado da demanda, uma vez que o pagamento do empréstimo, desde sua contratação, já apresenta data e valor certo – desvinculado do produto econômico do procedimento. Há a possibilidade,

⁸² ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 34; GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure.** 1ª ed. [S.L.]: Kluwer Law International, 2016, p. 53-54.

⁸³ ICCA & QUEEN-MARY. *Op.cit.*, p. 35.

⁸⁴ BOGART, Christopher P. Overview of Arbitration Finance. *In*: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC, Volume 10.** Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 55.

entretanto, de o banco exigir que se convençione que o resultado da demanda servirá de garantia ao cumprimento da obrigação de pagar – o que estabelece um interesse eventual da instituição no resultado da demanda.⁸⁵

Apesar de ser uma modalidade de arrecadação de capital externo, que, ao fim, financia o processamento da demanda, não se enquadra, a priori, no escopo de avaliação para fins de *conflict check* com o árbitro, por ser modalidade com desinteresse no resultado final da demanda.⁸⁶

1.4.5 Instrumentos Corporativos de Financiamento

A arrecadação de recursos para financiamento de um procedimento pode-se dar ainda através de diversos instrumentos de financiamento corporativo.

Uma alternativa pode ser a realização de um *private equity*.⁸⁷ Nesta situação, *third-party funders* assumem a posição de sócios ou acionistas da empresa, adquirindo, por decorrência, possível controle sobre o investimento e direcionamento do caso.⁸⁸

Outra via é a emissão de títulos. Uma tentativa foi realizada pela empresa mineradora *Crystallex*, no caso *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Após iniciar um procedimento junto a ICSID em face da Venezuela, a empresa emitiu *securities* no mercado de ações contendo uma provisão de direitos creditórios sobre parcela do resultado obtido em acordo ou sentença. *Crystallex*, entretanto, não obteve sucesso na venda dos títulos.⁸⁹

⁸⁵ GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure**. 1ª ed. [S.L]: Kluwer Law International, 2016, p. 56.

⁸⁶ “Tampouco se confunde com TPF a outorga de um empréstimo para que a parte custeie as despesas da arbitragem, eis que, nesta hipótese, a instituição mutuante receberá o valor mutuado independentemente do resultado, diferentemente do caso em que a demanda é financiada por terceiro, cuja remuneração só ocorrerá se houver êxito no processo” (FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 105).

⁸⁷ “Podemos definir o gênero *private equity*, de maneira simples, como um investimento de prazo determinado no capital social de uma companhia que não tenha suas ações negociadas no mercado de capitais. O gênero *private equity* inclui *venture capital*, operações de *buyout*, *growth capital*, *mezanino* e *PIPEs* (*private investment in public equity*)”. Registre-se que os investimentos de *private equity*, via de regra, exigem uma margem de retorno alta. (LOBO, Carlos Alexandre; PONTEZA, Guilherme Peres. Investimentos Venture Capital e Private Equity. In BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (coord.). **Finanças Corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 269).

⁸⁸ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 35.

⁸⁹ GOELER, Jonas von. *Op.cit.*, p. 112.

Sem mencionar possíveis questões de confidencialidade e de se tratar de questão remota em sede de arbitragem internacional comercial, pode-se, ainda, cogitar a possibilidade de financiamento através do *crowdfunding* com provisão de direitos creditórios.⁹⁰

A adjectivação dessa estrutura como *third-party funding* é discutível. O financiamento via instrumentos corporativos pode ensejar simulares conflitos de interesse àqueles suscitados quando realizado por outros agentes e modalidades. Felizmente, a análise de conflitos de interesse do árbitro, atualmente, não mais se restringe à parte em si, abrangendo entidades afiliadas (*affiliates*) e aquelas que possuem uma influência controladora (*controlling influence*) na parte – o que será discutido no item 1.5.3.1 e 3.1.1.⁹¹

1.4.6 Pessoas Física ou Jurídicas com Interesses Indiretos

Apesar do alto encargo de se financiar uma arbitragem internacional comercial, pessoas físicas ou jurídicas com interesses indiretos, (a) econômicos ou (b) não econômicos, podem fornecer recursos para a persecução ou defesa de interesses em procedimentos litigiosos. Inumeros sujeitos e situações podem ser imaginadas. Passa-se a listar alguns exemplos relevantes.⁹²

Com um interesse econômico indireto (a), *e.g.*, cogita-se a possibilidade de um oponente comercial financiar uma parte que litiga contra seu concorrente em uma dada demanda. Também, este terceiro terá um interesse meramente indireto no resultado da demanda. Apesar de se depreender seu ganho econômico com a derrocada de seu oponente comercial, este ganho financeiro seria indireto. Anote-se ainda que, em certas situações, esse terceiro oponente comercial, através de uma avaliação do caso, poderá ter acesso a, *e.g.*, segredos industriais ou a outras matérias sigilosas – o que pode implicar em certas discussões

⁹⁰ A CVM, em 2017, editou a instrução normativa n. 588, “que dispõe sobre a oferta pública de distribuição de valores mobiliários de emissão de sociedades empresárias de pequeno porte, realizada com dispensa de registro por meio de plataforma eletrônica de investimento participativo” (CVM. **CVM Regulamenta Crowdfunding de Investimento**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20170713-2.html>>. Acessado em: 30 jul. 2018). Não se trata, entretanto, a uma primeira vista, de uma alternativa para a captação de recurso para o financiamento de arbitragens, apesar da grande vantagem para pequenas empresas da dispensa de registro de oferta e de emissão na CVM. A captação pública está limitada a até R\$ 5 milhões e só é permitida a oferta por empresas com receita anual de até R\$ 10 milhões.

⁹¹ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 35-36.

⁹² FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 104.

a cerca da confidencialidade desse material em contraposição com o direito de acesso à justiça facilitado por um financiamento externo.⁹³

Uma outra situação de interesse econômico indireto, apesar de não envolver concorrência comercial, ocorreu no caso *Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. The Russian Federation*, em 2007, em um procedimento administrado pela *Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce*, no procedimento n. 24/2007. O grupo *Menatop Limited* financiou o pleito de *Quasar de Valores SICAV S.A.* sem entabular um contrato de financiamento. O grupo financiou o demandante com o intuito final de formar um precedente que vinhesse a ser aplicado no futuro em uma demanda que o grupo buscava propor.⁹⁴

Por outro lado, com interesse não econômico indireto (b), há, *e.g.*, as organizações não governamentais, que podem financiar demandas em busca de um resultado socialmente positivo – como já experimentado em casos administrados pelo ICSID, todavia, em situações de arbitragem de investimento.⁹⁵

Não custa mencionar, por fim, a possibilidade de um suporte financeiro de amigos, familiares, via *crowdfunding* ou, ainda, atuações *pro bono* de advogados – situações as quais, em sede de arbitragem, apresentam-se bastante difícil de acontecer.⁹⁶

1.5 *THIRD-PARTY FUNDING* E *THIRD-PARTY FUNDER*: TERMINOLOGIA E DEFINIÇÃO

Quando se trata do tema de financiamento de disputas, as nomenclaturas e definições encontradas na literatura não são uníssonas, ainda mais em sede de direito

⁹³ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça**: o novo paradigma do *Third Party Funding*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador Claudio Finkelstein. São Paulo. 2014, p. 110-111.

⁹⁴ SAHANI, Victoria Shannon. **Revealing Not-for-Profit Third-Party Funders in Investment Arbitration**. Disponível em: <<http://oxia.ouplaw.com/page/third-party-funders>>. Acessado em: 09 jul. 2018, p. 2.

⁹⁵ “[A]rbitragens ICSID: o primeiro envolveu a ONG pertencente a George Soros, *Open Society Initiative for Southern Africa*, que auxiliou um grupo de fazendeiros em uma disputa arbitral contra o Zimbábue; e o outro envolveu uma ONG americana, *The Campaign for Tobacco Free-Kids*, mantida pela Bloomberg Foundation, que financiou o Uruguai em uma disputa contra a Philip Morris, que se queixava da legislação antitabagista daquele país.” (FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 104); SAHANI, Victoria Shannon. *Op.cit.*, p 1.

⁹⁶ SCHERER, Maxi. Third-Party Funding in International Arbitration. Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements? In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC, Volume 10**. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 98.

comparado, colocando-se lado a lado entendimentos de países com culturas jurídicas diferentes. Não existe um consenso. Na tentativa de trazer mais coerência e atingir os objetivos deste trabalho, cabe tecer algumas considerações sobre a terminologia e a definição do que seja *third-party funding* e de quem venha a se caracterizar como *third-party funder* para os fins da revelação em face de possíveis conflitos de interesses dos árbitros. Dessa forma, passa-se a analisar (2.5.1) a questão terminológica e, em sequência, (2.5.2) a definição de *third-party funding* e (2.5.3) a definição de *third-party funder*.

1.5.1 Terminologia

O termo *third-party funding* certamente é o mais utilizado entre profissionais e autores em sede de arbitragem comercial internacional. Apesar disso, diversas outras expressões podem ser encontradas na literatura e no dia-a-dia, tais como, *e.g.*, *alternative litigation finance*, *contingency fee by non-lawyers*, *third-party litigation funding*, *litigation financing* e *lawsuit lending*.⁹⁷

Atualmente, com base em nossa coleta de dados, não existe empresas especializadas única e exclusivamente no financiamento de arbitragens, muito menos restritamente à arbitragens internacionais e comerciais. O que há, em verdade, é uma atividade de mercado de investimento em eventos jurídicos, sejam eles judiciais ou arbitrais. Por outro lado, ao se visitar regulamentos, legislações e *soft laws* voltados à arbitragem comercial percebe-se a menção repetitiva do termo *third-party funding* – não obstante certas vezes sua definição ser diferente de uma utilização para outra.

Assim, apesar de no português se encontrar a terminologia financiamento de terceiros,⁹⁸ este trabalho adotará o termo em inglês *third-party funding* pela sua ampla utilização e reconhecimento no mercado nacional e internacional – até mesmo com o fito de se manter uma coerência e uniformidade de tratamento desse fenômeno.

⁹⁷ CREMADES, Bernardo. Concluding Remarks. In CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration**: Dossiers – ICC, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 153; NAMIC (NATIONAL ASSOCIATION OF MUTUAL INSURANCE COMPANIES). **Third-Party Litigation Funding: Tipping the Scales of Justice for Profit**. (2011). Disponível em: <https://www.namic.org/pdf/publicpolicy/1106_thirdPartyLitigation.pdf>. Acessado em: 09 Mar. 2018, p. 1.

⁹⁸ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros**: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 60; CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça**: o novo paradigma do *Third Party Funding*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador Claudio Finkelstein. São Paulo. 2014, 86.

De outro lado, para se referir aos sujeitos que promovem esse financiamento, é também de uso recorrente a utilização do termo em inglês *third-party funder*, que também será adotado por este trabalho por ser correlato ao termo *third-party funding*.

As questões, entretanto, que geram maiores divergências referem-se à definição dos respectivos termos.⁹⁹

1.5.2 Definição de *Third-Party Funding*

A discussão acontece porque o financiamento de uma disputa pode se dar de diversas formas, tais como, *e.g.*, aquelas descritas no item 1.4. Em verdade, a locução *third-party funding* envolve uma multiplicidade de formas e métodos de se angariar recursos externos para se viabilizar a ocorrência de um procedimento litigioso.¹⁰⁰ Assim, pode-se afirmar, de forma incipiente, que *third-party funding* seria “*any financial solution offered to a party regarding the funding of proceedings in a given case*”.¹⁰¹

A partir da literatura e da normatividade em torno do tema, nota-se que há dois significados mais recorrentes na utilização do termo: *i.* de forma restrita, para se referenciar a atividade específica *non-recourse arbitration financing* realizada por empresas de financiamento de disputas; e *ii.* de forma genérica, referindo-se a qualquer forma ou estrutura em que um terceiro, estranho à demanda, esteja financiando o procedimento. Boulle, inclusive, chega a mencionar que se poderia referir a um *third-party funding stricto sensu*, assemelhando-se à

⁹⁹ Uma mesa de discussões realizada em 2012, composta por representantes da Calunius Capital, Fulbrook Management, La Française AM International Claims Collection e Omni Bridgeway, não chegou a um consenso a respeito de um conceito de *third-party funding* (SCHERER, Maxi; GOLDSMITH, Aren; FLECHET, Camille. **Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders’ Perspectives**. International Business Law Journal (2012). Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n. 164/2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2348737>>. Acessado em: 05 mai. 2018, p. 209). Os integrantes do ICCA-Queen Mary Task Force também, apesar de exararem ao fim um conceito no seu *Final Report*, não obtiveram unanimidade na definição adequada (ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 46 e *et seq.*).

¹⁰⁰ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional**. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 63.

¹⁰¹ Tradução livre: “qualquer solução financeira oferecida pela parte a respeito do financiamento de um procedimento em um dado caso” (SCHERER, Maxi; GOLDSMITH, Aren; FLECHET, Camille. *Op.cit.*, p. 210; SCHERER, Maxi. *Third-Party Funding in International Arbitration. Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements?* In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 93; TEXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. **O Financiamento da Arbitragem por Terceiros e o Dever de Revelação**. (2016). Disponível em: <<http://www.cbar.org.br/blog/artigos/o-financiamento-da-arbitragem-por-terceiros-e-o-dever-de-revelacao>>. Acessado em: 21 Mar. 2018, p. 2).

estrutura de *non-recourse financing*, em contraposição à *third-party funding lato sensu*, englobando todas as modalidades de *funding*.¹⁰²

Com isso em mente, este trabalho adotará o segundo entendimento, tendo-se em vista que a análise dos regramentos que tratam do *third-party funding* – especialmente nas partes que tratam de sua revelação e de conflitos de interesses dos árbitros – devem ser interpretados considerando todas as formas de financiamento nas quais aqueles terceiros são aptos a gerar dúvidas sobre a independência e imparcialidade do árbitro. Suportando esse entendimento, para Ferro, a definição deve ser ampla, almejando a inclusão de todos os sujeitos capazes de suscitar discussões a cerca das várias questões relacionadas ao financiamento, inclusive as envolvendo a imparcialidade do árbitro.¹⁰³ Não está limitada, portanto, apenas às empresas de financiamento de disputas, incluindo também, *e.g.*, financiamento por terceiros com interesses não econômicos.

1.5.3 Definição de *Third-Party Funder*

O debate central, entretanto, reside na definição dos sujeitos que são englobados pela definição de *third-party funder* e da inclusão, ou não, de certos elementos nesse conceito. Veja-se que, para fins de revelação sob a justificativa de possíveis conflitos de interesses, é a pessoa e o interesse do *third-party funder* em contraponto ao possível conflito de interesse do árbitro (restringindo-se ao nosso recorte) que são relevantes para se legitimar ou não a obrigação de revelar. Não seria também todo e qualquer sujeito que, ao fornecer suporte material ou financeiro ao demandante ou demandado, teria interesse no produto econômico da demanda e seria abarcado pelo dever de revelar. Dessa forma, no mesmo sentido do *Final Report* da ICCA-*Queen-Mary Task Force*, é necessário se estabelecer uma definição específica de *third-party funder* para fins de revelação, isto é, com o objetivo de se identificar os agentes que serão considerados passíveis de ensejar um possível conflito de interesses dos árbitros.

¹⁰² BOULLE, Thibault De. “**Third-Party Funding**” in **International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 89.

¹⁰³ “A pesquisa deve ser mais ampla, a fim de incluir outras pessoas cuja ligação com os litigantes possa afetar, aos olhos do adversário, sua independência [...] é interessante notar que, na análise da independência do árbitro, a prática arbitral superou a restrita verificação da mera identidade dos demandantes para ir além dela, mesmo em se tratando de relações com naturezas muito distintas” (FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 106).

Atente-se, entretanto, que, não obstante este trabalho de delimitação de um conceito específico, deve-se sempre analisar os regulamentos das instituições arbitrais, *guidelines* aplicáveis e legislações locais, uma vez que, com o passar do tempo, há uma tendência dessas fontes estabelecerem definições próprias (apesar de se notar algumas confusões entre a definição da atividade, *third-party funding*, e dos elementos caracterizados dos sujeitos, *third-party funder*). A SIAC, *e.g.*, define sobre a rubrica de *external funder* aquele que tenha um direto interesse econômico no produto da sentença arbitral – o que, por via diversa, não contempla terceiros não titulares de um “direto interesse econômico” no resultado da demanda.¹⁰⁴ Ao seu passo, um outro exemplo é a CIETAC HKAC, que estabelece em sua proposta de *guidelines* que só será considerado *third-party funder* aquele que exerce atividade profissional de financiamento de disputas, além de necessariamente ter que deter um direto interesse econômico no resultado da demanda.¹⁰⁵ Em ambos exemplos, não presentes os elementos da definição, o terceiro não será abarcado por eventual dever de revelar.

¹⁰⁴ A *Practice Note for Administered Cases – on Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding* estabelece: “*External Funder* means any person, either legal or natural, who has a Direct Economic Interest in the outcome of the arbitration proceedings” (tradução livre: “‘financiador externo’ significa qualquer pessoa, seja jurídica ou física, que tenha um direto interesse econômico no resultado do procedimento arbitral”) (SIAC. **Practice Note for Administered Cases – on Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding**. Disponível em: <<http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/Third%20Party%20Funding%20Practice%20Note%2031%20March%202017.pdf>>. Acessado em: 11 jul. 2018, p. 2).

¹⁰⁵ “*For the purposes of these Guidelines, third party funding (“Funding”) arises when a professional third person or entity (“Funder”) contributes funds, or other material support to a party in arbitration (“Funded party”) and has a direct economic interest in the award to be rendered in the arbitration*” (tradução livre: “Para os propósitos dessas *Guidelines*, *third-party funding* (‘*funding*’) surge quando uma terceira pessoa ou entidade (‘*funder*’) contribui com fundos, ou outro suporte material para a parte em uma arbitragem (‘*funded party*’) e tem um direto interesse econômico na sentença a ser alavrada na arbitragem”) (CIETAC HKAC. **Guidelines for Third Party Funding in Arbitration (consultation paper)**. Disponível em: <<https://hkarbitration.files.wordpress.com/2016/05/cietac-draft-guidelines-17-may-16.pdf>>. Acessado em: 12 jul. 2018). *Vide* ainda o art. 27(1) do Regulamento de Arbitragem de Investimento da CIETAC, que prevê o seguinte conceito de TPF: “1. *In these Rules, a “third party funding” means the situation where a natural person or an entity, who is not a party to the dispute, provides funds to a party to the arbitration to cover all or part of that party’s costs for the arbitral proceedings, through an agreement with the party accepting the funding*” (tradução livre: “1. Nessas regras, a ‘*third-party funding*’ significa a situação onde uma pessoa física ou uma entidade, que não é parte na disputa, fornece fundos para uma parte na arbitragem para cobrir todos ou parte dos seus custos do procedimento arbitral, através de um acordo com a parte aceitando o financiamento”) (CIETAC. **Investment Arbitration Rules**. (2017). Disponível em: <<http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=390&l=en>>. Acessado em: 10 jul. 2018). A ICC *Commission Report*, no *Decisions on Costs in International Arbitration*, na nota de rodapé número 44, conceitua: “*A third-party funder is an independent party that provides some or all of the funding for the costs of a party to the proceedings (usually the claimant), most commonly in return for an uplift or success fee if successful*” (tradução livre: “O *third-party funder* é uma parte independente que fornece algum ou todo o financiamento dos custos de uma parte em um procedimento (geralmente o demandante), mais comumente em retorno por um aumento ou *success fee* em caso de sucesso”) (ICC COMMISSION REPORT. *Decisions on Costs in International Arbitration*. (Issue 2). In **ICC Dispute Resolution Bulletin 2015**. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/decisions-on-costs-in-international-arbitration-icc-arbitration-and-adr-commission-report/>>. Acessado em: 11 jul. 2018, p. 17). A CAM-CCBC também estabeleceu um conceito em sua resolução administrativa: “*Article 1 – It is considered*

Autores também já esboçaram algumas definições. Scherer, em sua conceituação expõe que: (i) o financiador deveria ser um terceiro estranho ao procedimento (excluindo-se do conceito advogados que trabalhem por honorários de êxito); (ii) o financiador deveria atuar profissionalmente no ramo, que se poderia denominar de *claim financing business* (eliminando-se atores que atuam com interesses outros, de forma esporádica); (iii) o financiador seria remunerado através de uma parcela sobre o valor final do produto econômico de uma sentença favorável, ou em regime de retorno sobre um múltiplo do investimento feito (*cost multiple*).¹⁰⁶ Outra autora, brasileira, Cruz, destaca como elementos recorrentes nas definições: (a) tratar-se de terceiro externo ao procedimento arbitral, sem vinculação com a demanda de fundo; (b) ser terceiro que custeia, parcial ou integralmente, as despesas de uma das partes; (c) haver transferência dos riscos financeiros do insucesso da demanda; e (d) ser o financiador titular de parcela do proveito econômico, em caso de sucesso da causa.¹⁰⁷

Este trabalho, frise-se, não adota a definição restrita do termo *third-party funder*, mas sim uma definição ampla, que, para fins de revelação, busca identificar os sujeitos que necessariamente caracterizam-se como aqueles sobre os quais se faz imperioso avaliar a

third-party funding when a natural or legal person who is not party to the arbitration proceedings provides full or partial resources to one party so as to enable or assist the payment of the arbitration costs, receiving in return a portion or percentage of any profits earned from the award or from the agreement” (tradução da versão em português da resolução: Artigo 1º – Considera-se financiamento de terceiro quando uma pessoa física ou jurídica, que não é parte no procedimento arbitral, provê recursos integrais ou parciais a uma das partes para possibilitar ou auxiliar o pagamento dos custos do procedimento arbitral, recebendo em contrapartida uma parcela ou porcentagem de eventuais benefícios auferidos com a sentença arbitral ou acordo) (CAM-CCBC. **Administrative Resolution 18/2016**. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/2890/resolucao-administrativa-182016/en-US>>. Acessado em: 12 jul. 2018). Em sede de legislação nacional, Hong Kong estabeleceu: “98J. [...] *A third party funder is a person who is a party to a funding agreement for the provision of arbitration funding for an arbitration to a funded party by the person; and who does not have an interest recognized by law in the arbitration other than under the funding agreement*” (tradução livre: “Um *third party funder* é uma pessoa que é parte em um contrato de financiamento para o fornecimento de fundos para uma arbitragem na qual a parte financiada por esse terceiro é parte; e que não tem um interesse reconhecido pela lei na arbitragem outro sem ser aquele decorrente do contrato de financiamento) (HONG KONG. **Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017**. Disponível em: <<https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>>. Acessado em: 14 jul. 2018). O requisito de profissionalismo do *third-party funder*, exigido pela CIETAC HKAC, também é encampado pelo Código Civil de Singapura: “Art. 5B. (10). “*Third-Party Funder*” means a person who carries on the business of funding all or part of the costs of dispute resolution proceedings to which the person is not a party” (tradução livre: ““*Third-party funder*” significa uma pessoa que realiza uma atividade de financiamento de todo ou parte dos custos de procedimentos de resolução de disputas do qual essa pessoa não é parte”) (SINGAPORE. **Civil Law Amendment Act n. 2 of 2017**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/2-2017/20170224?DocDate=20170224>>. Acessado em: 14 jul. 2108).

¹⁰⁶ SCHERER, Maxi. Third-Party Funding in International Arbitration. Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements? In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 98.

¹⁰⁷ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional**. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 63.

existência de relações com o árbitro – o qual, em nosso sentir, deve ser utilizado para interpretar os diplomas sobre a matéria.¹⁰⁸

Nessa senda, cumpre-se perquirir (2.5.3.1) a definição da 2014 IBA *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* – principal texto utilizado atualmente para se entender a matéria, que é inclusive a fonte da qual se extrai o conceito, largamente utilizado, de “direito interesse econômico” –; e a definição proposta pela (2.5.3.2) ICCA-*Queen-Mary Task Force*, a qual, em nosso sentir, retrata o melhor entendimento e abrangência sobre a matéria.

1.5.3.1 Definição de *Third-Party Funder* da 2014 IBA *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*

A IBA foi a primeira instituição que tratou do problema de conflitos de interesses dos árbitros envolvendo *third-party finding*, em sua 2014 *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (IBA Conflicts)*.¹⁰⁹

Sobre a conceituação do que venha a ser *third-party funder*, o *Explanation to General Standard 6(b)* traz a seguinte definição:

[...] *Third-party funders and insurers in relation to the dispute may have a direct economic interest in the award, and as such may be considered to be the equivalent of the party. For these purposes, the terms ‘third-party funder’ and ‘insurer’ refer to any person or entity that is contributing funds, or other material support, to the prosecution or defence of the case and that has a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration.*¹¹⁰

¹⁰⁸ “The question remains why such narrowly defined TPF agreements should be subject to mandatory disclosure requirements whereas other types of funding, which fall within the broader definition of TPF agreements, should not be disclosed. The reasons that could justify a mandatory disclosure apply not only for TPF *sensu stricto* but also TPF *sensu lato*” (tradução livre: “Permanece a questão de saber porque uma definição estritamente definida de acordos de TPF devem ser sujeitos a uma obrigação mandatória de revelação enquanto outros tipos de financiamento, que se enquadram em uma definição mais ampla de acordos de TPF, não devem ser revelados. As razões que podem justificar um dever de revelação aplicam-se não só ao TPF *stricto sensu* mas também ao TPF *lato sensu*”) (BOULLE, Thibault De. “**Third-Party Funding**” in **International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 89).

¹⁰⁹ IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018

¹¹⁰ Tradução livre: “*Third-party funders* e seguradoras em relação à disputa podem ter um direito interesse econômico na sentença, e como tal podem ser consideradas como a equivalência da parte. Para esses propósitos, os termos ‘*third-party funders*’ e ‘seguradora’ referem-se a qualquer pessoa ou entidade que esteja contribuindo com fundos, ou outro suporte material, para a perseguição ou defesa do caso e que tenha um direito interesse econômico, ou um dever de indenizar a parte, pela sentença a ser lavrada na arbitragem” (IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018.)

A partir desse dispositivo, a IBA define que *third-party funders* são os sujeitos, pessoas ou entidades,¹¹¹ que ou (i) contribuam com fundos ou (ii) com algum suporte material a uma parte em um procedimento e, cumulativamente, tenham um direto interesse econômico na sentença que venha a ser lavrada no procedimento. Outra figura, no entender da IBA, seria, pois, as seguradoras, que, da mesma forma, ou (i) contribuam com fundos ou (ii) com algum suporte material para uma das partes em um procedimento e que, cumulativamente, ao revés, tenham um dever de indenizar a parte em razão da sentença a ser lavrada no procedimento.

Com isso, a IBA, apesar de afirmar que *third-party funders* podem ter um direito interesse econômico (“*may have a direct economic interest*”), condiciona a caracterização de um terceiro como *third-party funder* imprescindivelmente à presença desse interesse – caso contrário, não se enquadrará no conceito. Dessa forma, nem todos os sujeitos e estruturas mencionados no capítulo 1 enquadrariam-se na definição de *third-party funder* e, conseqüentemente, não seriam abarcados, pelo menos nessa rubrica, na avaliação da independência e imparcialidade dos árbitros, nos termos atuais do conceito da IBA. Lado outro, uma vez presente os referidos elementos, aplicar-se-ia o *General Standard* 6(b) e 7(a),¹¹² examinado mais abaixo, mas que, em suma, equipara o *third-party funder* e a seguradora à figura da parte no procedimento arbitral – exclusivamente – para fins de avaliação de conflito de interesse. A mais, registre-se que, a partir da redação do *General Standard* 6(b), percebe-se que a característica de deter uma influência controladora na parte (“*controlling influence on the legal entity*”) não foi incluída como requisito para ser considerado *third-party funder*, que somente necessita de um direto interesse econômico na sentença. Apesar disso, esse conceito de influência controladora traz uma maior amplitude ao *conflict check* da IBA uma vez que se

¹¹¹ O *Black’s Law Dictionary* apresenta o seguinte conceito de *legal entity*: “*A body, other than a natural person, that can function legally, sue or be sued, and make decisions through agents. A typical example is a corporation. Cf. artificial person under person*” (tradução livre: “Um organismo, outro sem ser uma pessoa natural, que possa funcionar legalmente, processor e ser processada, e realizar decisões através de agentes. Um exemplo típico é a corporação. Cf. pessoal artificial em pessoa.”) (GARNER, Bryan A. **Black’s Law Dictionary**. 9ª ed. [S.L.]: Thomson Reuters, 2009, p. 976).

¹¹² “*If one of the parties is a legal entity, any legal or physical person having a controlling influence on the legal entity, or a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration, may be considered to bear the identity of such party*” (tradução livre: “Se uma das partes é uma entidade legal, qualquer pessoa física ou jurídica detendo uma controladora influência na entidade legal, ou um direito interesse economico, ou um dever de indenizar a parte, pela sentença a ser lavrada na arbitragem, pode se considerar que carrega a identidade de tal parte”) (IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018).

poderá abarcar outros sujeitos nesta avaliação— mesmo que esses sujeitos não sejam enquadrados no conceito de *third-party funder*.

Além disso, registre-se que a IBA *Conflicts* abarca sociedades de propósito específico (SPE), criadas por empresas de financiamento de disputas como veículo para o financiamento individual de casos. A SPE constituída será considerada como se parte fosse, para fins de avaliação de conflito de interesses com os árbitros, como manda o *General Standard* 6(b), enquanto que a empresa de financiamento será enquadrada no conceito de *affiliate of party* – também sendo avaliada em sede de *conflict check*.¹¹³ Assim, atente-se que, para a realização de uma completa avaliação da independência e imparcialidade do árbitro, faz-se necessário considerar as partes, os terceiros que se enquadram no dispositivo *General Standard* 6(b) e, também, aqueles que se enquadram como *affiliates of parties*.

Dito isso, cumpre-se trazer algumas considerações a respeito da definição proposta pela IBA. Primeiro, anote-se que a IBA não define o que venha a ser “direto interesse econômico”, o que foi inclusive alvo de crítica pelo ICCA-*Queen-Mary Task Force*, por ser uma expressão muito vaga.¹¹⁴ Segundo, discute-se se algumas formas de *third-party funding* teriam seus interesses considerados como “diretos”. Questiona-se, *e.g.*, se se consideraria *third-party funders* algumas formas de apólices ATE ou situações nas quais um fundo adotasse uma estrutura corporativa de financiamento, isto é, se se consideraria presente um “direto” interesse econômico, ou não.¹¹⁵ Terceiro, discute-se se este conceito abarcaria cotistas de um fundo ou sócios de uma sociedade.¹¹⁶ Aliás, veja-se, que, mesmo que se entenda que a definição se

¹¹³ O Black’s Law Dictionary apresenta o seguinte conceito de *affiliate*: “1. *A corporation that is related to another corporation by shareholdings or other means of control; a subsidiary, parent, or sibling corporation*” (tradução livre: “1. Uma empresa que é relacionada à outra empresa por participação societárias ou outras formas de controle; uma subsidiária, controladora, ou com relação próxima”) (GARNER, Bryan A. **Black’s Law Dictionary**. 9ª ed. [S.L]: Thomson Reuters, 2009, p. 67).

¹¹⁴ A SIAC, na *Practice Note for Administered Cases – on Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding*, utiliza e define o conceito de direto interesse econômico: “*‘Direct Economic Interest’ means an interest in the arbitration proceedings resulting from the provision by a non-Disputant Party to a Disputant Party of funding for or indemnity against the award to be rendered in the arbitration proceedings*” (tradução livre: “Direito Interesse Econômico’ significa um interesse no procedimento arbitral resultante de providência por uma não parte na disputa para uma parte na disputa de fundos ou direitos de indenização em face da sentença a ser lavrada no procedimento arbitral”) (SIAC. **Practice Note for Administered Cases – on Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding**. Disponível em: <<http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/Third%20Party%20Funding%20Practice%20Note%2031%20March%202017.pdf>>. Acessado em: 11 jul. 2018, p. 1).

¹¹⁵ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 89.

¹¹⁶ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <<http://www.arbitration->

estendária, o fundo estaria impedido de realizar qualquer revelação sobre seus clientes por força do sigilo bancário.¹¹⁷ Quarto, a expressão “direto interesse econômico” exclui entidades e organizações que aportam recursos sem um interesse financeiro – porém a questão do conflito de interesse dos árbitros ainda assim persiste e não é abarcada pelo *conflict check* da IBA.¹¹⁸ Quinto, *portfolio fundings*, em financiamentos de escritórios, não necessariamente são vinculados ao resultado final da demanda, mas ao invés, a depender da estrutura, à performance geral do portfólio ou ao valor total angariado a título de honorários de êxito – o que não se enquadraria, pelo menos em uma interpretação literal, no requisito de interesse “direto”. Nestes casos, há também a possibilidade de conflito de interesses, como, *e.g.*, se um árbitro for integrante de um escritório que recebeu um grande aporte financeiro em forma de *portfolio funding*.¹¹⁹ Sexto, e por fim, apesar do conceito incluir seguros entre aqueles que ensejam possíveis conflitos de interesses com os árbitros, alerta-se que não se deve incluir os seguros BTE por não deterem um interesse no resultado da demanda.¹²⁰

1.5.3.2 Definição de *Third-Party Funder* da ICCA-Queen-Mary Task Force

Dentre todas as definições analisadas por este trabalho, para fins de revelação e conflito de interesses, a mais elaborada e exata foi aquela elaborada pelo ICCA-Queen Mary Task Force.¹²¹ Existiu quase uma unanimidade dos integrantes quanto a necessidade de se

icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 90.

¹¹⁷ Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

¹¹⁸ ICCA & QUEEN-MARY. *Op.cit.*, p. 89.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 91.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 92.

¹²¹ A ICCA-Queen Mary Task Force elaborou um conceito mais amplo de *third-party funder*, com o objetivo alcançar o maior número possível de formas de uma parte angariar recursos ou suporte material externo. Para estes fins, estabeleceu-se que “*The term “third-party funder” refers to any natural or legal person who is not a party to the dispute but who enters into an agreement either with a party, an affiliate of that party, or a law firm representing that party: a) in order to provide material support for or to finance part or all of the cost of the proceedings, either individually or as part of a specific range of cases, and b) such support or financing is either provided in exchange for remuneration or reimbursement that is wholly or partially dependent on the outcome of the dispute, or provided through a grant or in return for a premium payment*” (tradução livre: “O termo “*third-party funder*” refere-se a qualquer pessoa natural ou jurídica que não seja uma parte na disputa mas que entra em um acordo com a parte, uma afiliada da parte, ou o escritório de advocacia representante da parte: a) a fim de fornecer suporte material ou financiar parte ou todos os custos do procedimento, seja individualmente ou como parte de uma específica gama de casos; b) tal suporte ou financiamento é realizado em troca de ou uma remuneração ou um reembolso, que é total ou parcialmente depende do resultado da disputa, ou realizado através de uma doação ou em retorno pelo pagamento de um prêmio”) (ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 50). Essa definição, entretanto, não será debatida neste trabalho.

proceder a revelação da identidade do *third-party funder* para fins de análise de conflito de interesse.¹²²

A definição de *third-party funding* do *Task Force* para fins de revelação apresenta os seguintes termos:

For the purposes of disclosure, the term “third-party funder” refers to any natural or legal person who is not a party to the dispute and is not a party’s legal counsel, but who enters into an agreement either with a party, an affiliate of that party, or a law firm representing that party:

*a) in order to provide material support for or to finance part or all of the cost of the proceedings, either individually or as part of a specific range of cases, and
b) such support or financing is provided through a donation, or grant, or in exchange for remuneration or reimbursement wholly or partially dependent on the outcome of the dispute.*¹²³

Cabe tecer algumas considerações sobre esta definição – que, inclusive, bastante se assemelha com aquela proposta pelo *EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA).¹²⁴

i. Ao invés da expressão “direto interesse econômico”, utilizada na definição da IBA e em outros vários diplomas, o *Task Force*, além de incluir o financiamento desinteressado economicamente, pelo menos de forma direta, adota o seguinte requisito: “em troca de remuneração ou reembolso total ou parcial dependente do produto da disputa” (tradução livre) – de interpretação mais clara e que possibilita o melhor enquadramento de sujeitos na definição.

ii. A definição do *Task Force*, por outro lado, expressamente excluiu os modelos de financiamento por advogado, através de honorários de êxito (*contingency/conditional fee*

¹²² Tradução livre: “Para os propósitos da revelação, o termo ‘*third-party funder*’ refere-se a qualquer pessoa física ou jurídica que não seja parte na disputa e não seja o representante legal da parte, mas que entra em um acordo com a parte, uma afiliada da parte, ou o escritório de advocacia representante da parte: a) a fim de fornecer suporte material ou financiar parte ou todos os custos do procedimento, seja individualmente ou como parte de uma específica gama de casos; b) tal suporte ou financiamento é realizado em troca de ou uma remuneração ou um reembolso, que é total ou parcialmente depende do resultado da disputa, ou realizado através de uma doação ou em retorno pelo pagamento de um prêmio” (*Ibidem*, p. 98).

¹²³ *Ibidem*, p. 14.

¹²⁴ “*Third party funding means any funding provided by a natural or legal person who is not a disputing party but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings either through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the dispute*” (tradução livre: “*Third party funding* significa qualquer financiamento fornecido por uma pessoa física ou jurídica que não seja parte na disputa mas que entre em um acordo com uma parte na disputa para que financie parte ou todos os custos do procedimento ou por doação ou concessão, ou em retorno de uma remuneração dependente do resultado da disputa”. EU COUNCIL. **EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement** (CETA). Disponível em: <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/en/pdf>>. Acessado em: 05 Ago. 2018, p. 83. No mesmo sentido vem seguindo a Comissão da União Europeia na proposta do texto *Transatlantic Trade and Investment Partnership*, no art. 1 (EU COMMISSION. **Transatlantic Trade and Investment Partnership**. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf>. Acessado em: 05 Ago. 2018).

arrangements). Assim, advogados da parte ou seus escritórios não são sujeitos abarcados pelo conceito de *third-party funder* para fins de conflito de interesse. Não se está excluindo esses sujeitos do *conflict check* com o árbitro: existe uma razão para tanto. Veja-se que outras regras procedimentais já regulam o dever de revelação dos advogados e seus escritórios a respeito de qualquer relação entre estes e os árbitros.¹²⁵ A *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration* (*IBA Representation*) trata especificamente sobre o tema.¹²⁶ O representante legal deve se identificar para as demais partes e para o Tribunal Arbitral, sendo obrigado inclusive a comunicar qualquer alteração na forma ou estrutura de representação da parte.¹²⁷ Aliás, a partir da conclusão da existência de possíveis conflitos de interesses, inclusive se valendo da *IBA Conflicts*, a *IBA Representation* recomenda a adoção de medidas necessárias à manutenção da integridade do procedimento, incluindo a possibilidade de exclusão do representante da parte de participar de todo ou parte do procedimento arbitral.¹²⁸ Dessa forma, segundo as considerações do *ICCA-Queen-Mary Task Force*, os árbitros já consideram, por força dos deveres de revelação já existentes, a existência de relação com o advogado da parte e com os escritórios que estes pertencem, não se devendo alterar tal análise por força da contratação de honorários de êxito.¹²⁹

¹²⁵ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 96.

¹²⁶ IBA. **Guidelines on Party Representation in International Arbitration.** (2013). Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F>>. Acessado em: 13 Mai. 2018.

¹²⁷ “4. *Party Representatives should identify themselves to the other Party or Parties and the Arbitral Tribunal at the earliest opportunity. A Party should promptly inform the Arbitral Tribunal and the other Party or Parties of any change in such representation.* 5. *Once the Arbitral Tribunal has been constituted, a person should not accept representation of a Party in the arbitration when a relationship exists between the person and an Arbitrator that would create a conflict of interest, unless none of the Parties objects after proper disclosure*” (tradução livre: “4. Os representantes das parte devem se identificar para as demais partes e para o Tribunal Arbitral na primeira oportunidade. A parte deve prontamente informar ao Tribunal Arbitral de qualquer mudança em tal representação. 5. Uma vez que tenha o Tribunal Arbitral sido constituído, uma pessoa não deve aceitar representar uma parte em uma arbitragem quando uma relação exista entre essa pessoa e um dos árbitros que possa criar um conflito de interesses, a não ser que nenhuma das partes conteste após adequada revelação”) (*Ibidem*, p. 6).

¹²⁸ “6. *The Arbitral Tribunal may, in case of breach of Guideline 5, take measures appropriate to safeguard the integrity of the proceedings, including the exclusion of the new Party Representative from participating in all or part of the arbitral proceedings*” (tradução livre: “6. O Tribunal Arbitral pode, em caso de violação da *Guidelines* 5, adotar medidas apropriadas para salvaguardar a integridade do procedimento, incluindo a exclusão do novo representante da parte de participar de todo ou parte do procedimento arbitral”) (*Ibidem*, p. 6).

¹²⁹ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 96.

iii. A definição do ICCA-*Queen-Mary Task Force*, ainda, não se aplica a certos tipos de financiamento corporativo, tais como, *e.g.*, *private equity*, empréstimos de sociedades do mesmo grupo e instrumento corporativos de débito. Nestes casos, assim como possíveis conflitos de interesses com advogados, a revelação será realizada por outra razão. O *General Standard 7(a)* da IBA *Conflicts* prevê o dever da parte de revelar qualquer relação entre ela, outra empresa do mesmo grupo, ou de qualquer outro indivíduo que tenha uma influência controladora (*controlling influence*) na própria parte, e um dos árbitros do Tribunal Arbitral.¹³⁰ No entender do ICCA-*Queen-Mary Task Force*, assim, qualquer terceiro que adquira, *e.g.*, uma significativa quantidade de ações ou quotas sociais em uma parte, enquadrar-se-ia na hipótese de revelação por ser empresa que possui influência controladora (*controlling influence*) na parte que se encontra litigando. Lado outro, caso uma empresa do mesmo grupo econômico realize um empréstimo para a parte, ainda assim, sua identidade teria que ser revelada por ser empresa que se enquadra no conceito de *affiliate*, e, conseqüentemente, abarcada pelo dever de revelar do *General Standard 7(a)* da IBA *Conflicts*. A nota de rodapé de número 4 da IBA *Conflicts*

¹³⁰ *General Standard 7(a)*: “The parties are required to disclose any relationship with the arbitrator. Disclosure of such relationships should reduce the risk of an unmeritorious challenge of an arbitrator’s impartiality or independence based on information learned after the appointment. The parties’ duty of disclosure of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration) has been extended to relationships with persons or entities having a direct economic interest in the award to be rendered in the arbitration, such as an entity providing funding for the arbitration, or having a duty to indemnify a party for the award (tradução livre: “As partes é exigida a revelação de qualquer relação com o árbitro. A revelação de tal relação deve reduzir o risco de uma objeção infundada à imparcialidade ou independência do árbitro baseada em informações conhecidas após a indicação. O dever das partes de revelar qualquer relação, direta ou indireta, entre o árbitro e a parte (ou outra empresa do mesmo grupo de empresas, ou um indivíduo detentor de uma influência controladora na parte da arbitragem) tem sido estendido para relações com pessoas ou entidades que detenham um direto interesse econômico na sentença a ser lavrada na arbitragem, tal como a uma entidade fornecedora de fundos par a arbitragem, ou que tenha um dever de indenizar a parte pela sentença”) (IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018).

expressa que o termo *affiliate* engloba todas as empresas de um grupo de empresas, incluindo a empresa controladora (*parent company*)¹³¹ – as quais devem ser reveladas pela parte.¹³²

iv. Por fim, anote-se que a definição se aplica indistintamente à demandante e demandado, bem como inclui *portfolio funding* e *law firm financing*.

¹³¹ O *Black's Law Dictionary* apresenta o seguinte conceito de *parent corporation*: “*A corporation that has a controlling interest in another corporation (called subsidiary corporation), usu. through ownership of more than one-half the voting stock. – Often shortened to parent. – Also termed parent company*” (tradução livre: “Uma corporação que tenha um controlador interesse em outra corporação (chamada de corporação subsidiária), geralmente através de propriedade de mais da metade das ações ou quotas com poder de voto”) (GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 9ª ed. [S.L]: Thomson Reuters, 2009, p. 393). O *Black's Law Dictionary* ainda, complementando o entendimento da retro definição, apresenta o seguinte conceito de *interest*: “2. *A legal share in something; all or part of a legal or equitable claim to or right in property <right, title, an interest>. Collectively, the word includes any aggregation of rights, privileges, powers, and immunities*” (tradução livre: “2. Um quinhão legal em algo; todo ou parte de uma demanda legal ou reivindicatória ou em um direito de propriedade <direito, título ou interesse>. Coletivamente, a palavra inclui qualquer agregação de direitos, privilégios, poderes, e imunidades”) (*Ibidem, loc.cit.*).

¹³² “*Throughout the Application Lists, the term ‘affiliate’ encompasses all companies in a group of companies, including the parent company*” (tradução livre: “Ao longo da lista aplicável, o termo ‘*affiliate*’ engloba todas as empresas de um grupo de empresas, incluindo a empresa-mãe”) (IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018); ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 97. A proposta da CIETAC HKAC exclui expressamente da definição de *third-party funding* financiamentos corporativos e formas de honorários advocatícios (CIETAC HKAC. **Guidelines for Third Party Funding in Arbitration (consultation paper)**). Disponível em: <<https://hkarbitration.files.wordpress.com/2016/05/cietac-draft-guidelines-17-may-16.pdf>>. Acessado em: 12 jul. 2018).

2 CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE DISPUTAS

Neste capítulo busca-se tecer algumas considerações a respeito do processo de celebração de um contrato de financiamento com empresas de financiamento de disputas. Em razão do porte de investimento necessário para se financiar um procedimento de arbitragem internacional, essas empresas e as seguradoras são, via de regra, as principais figuras que assumem a posição de *third-party funders*. Daremos atenção neste trabalho, de agora em diante, às empresas de financiamento de disputas, por serem o principal sujeito fornecedor de financiamento no cenário da arbitragem internacional.

As causas arbitrais são entendidas por essas entidades como bens, ativos financeiros,¹³³ e “cada uma delas representa um potencial fluxo de receita futuro, com prazo, valor e existência incertos. Isso se dá porque o caso legal gera um fluxo econômico, que pode ser monetizado”.¹³⁴ Essas empresas avaliam e monetizam o ativo, através de binômios como oferta *versus* demanda, risco *versus* retorno financeiro, mérito *versus* custo de investimento.¹³⁵ Assim, há uma análise e contingenciamento pelo *third-party funder* dos riscos e da probabilidade de uma decisão favorável sobre uma dada demanda.¹³⁶ Deve-se, pois, ter em mente que se trata, portanto, de um investimento.¹³⁷ Não à toa, além da denominação de empresas de financiamento de disputas, muitas as rotulam como empresas de investimentos – o que faz completo sentido.¹³⁸ Inclusive, percebe-se que a expressão empréstimo é rechaçada quando se refere à atividade dessas empresas. O negócio, pois, é classificado como uma operação de risco, tendo-se em vista que, na maioria das vezes, a contraprestação pelo significativo investimento está sujeita à alea do sucesso da demanda. Por isso, o retorno

¹³³ BOGART, Christopher P. Overview of Arbitration Finance. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 51. Bogart traz a seguinte assertiva, que explica a visão dos *funders*: “*What jurists call claims, for the funders are simply ‘assets’*”.

¹³⁴ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional.** (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 64.

¹³⁵ GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure.** 1ª ed. [S.L]: Kluwer Law International, 2016, p. 3; AFFAKI, Bachir Georges. A Financing is a Financing is a Financing. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 11.

¹³⁶ *Ibidem*, loc. cit.

¹³⁷ SHAW, Gary J. Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit. In **Arbitration International**. Vol. 33. Issue 1. Março de 2017, p. 109-120. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/arbint/aiw007>>. Acessado em: 23 mai. 2016, p. 3; CRUZ, Elisa Schmidlin. *Op.cit.*, p. 63.

¹³⁸ STEINITZ, Maya. The Litigation Finance Contract. In **William & Mary Law Review**. Rev. 455/2012. Vol. 54. Issue 2. Article n. 4. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss2/4>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 461.

esperado é alto. Sendo assim, quanto melhor o mérito da demanda, maior a amplitude de negociação.¹³⁹

Pela particularidade do negócio, passaremos a estudar: (2.1) como essas empresas têm o primeiro contrato com a demanda; (2.2) como elas avaliam o caso, em uma primeira análise; (2.3) qual são os critérios e como é realizada a *due diligence* da demanda; (2.4) como é a interação e a dinâmica de interesses na relação triangular entre parte, advogado e empresa de financiamento; e, por fim, (2.5) qual é o principal cláusulado contratual estabelecido em contratos de financiamento.

2.1 PRIMEIRO CONTATO DAS EMPRESAS DE FINANCIAMENTO DE DISPUTAS COM A DEMANDA

Via de regra, três são os possíveis contratantes, com os quais, as empresas de financiamento de disputas normalmente celebram contratos (comumente denominados de *funding agreements*): (a) demandantes, (b) demandados (c) e escritórios de advocacia. Nessa oportunidade, vale ainda mencionar a figura dos (d) corretores de financiamento, que, em certas ocasiões, intermediam ou aproximam a relação entre o financiado e a empresa de financiamento.

Majoritariamente, esses contratos são celebrados em benefício dos demandantes da causa (a).¹⁴⁰ Como destacado no item 1.3, além de ser uma alternativa apta a combater a impecuniosidade da parte, o *third-party funding* possibilita a administração e a redução da imobilização de recursos, bem como a diminuição de riscos decorrentes de empreitadas jurídicas. Nesse sentido, a utilização do *non-recourse arbitration financing* e do *portfolio funding*, em certas situações, é atrativa, por ensejar um verdadeiro mecanismo de manutenção de liquidez empresarial. Não de outra forma, atualmente o setor jurídico das empresas cada vez mais se veste como um centro de administração e planejamento de custos. Não obstante a crescente difusão dos produtos das empresas de financiamento de disputas, algumas partes ainda dependem da indicação do seu advogado ou de um terceiro para que venham avaliar as

¹³⁹ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros**: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 65.

¹⁴⁰ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 21.

possibilidades de contratação de um financiamento. Sobre isso, inclusive, Boulle discute se os advogados teriam o dever de conhecer e dizer (*duty-to-know* e *duty-to-tell*) ao cliente a respeito da possibilidade do financiamento.¹⁴¹ De todas as formas, certamente é do interesse de empresas especializadas em investimentos em eventos jurídicos a manutenção de bons laços com escritórios e advogados em vista de serem futuramente referenciadas aos clientes destes.¹⁴²

Por outro lado, nota-se que não é comum o financiamento de demandados (b). O que se percebe, na maioria dos exemplos, é, em verdade, o financiamento por *third-party funders* sem interesse econômico ou com um interesse econômico independente do efetivo resultado material da demanda.¹⁴³ No caso *RSM Production Corporation v. Grenada, e.g.*, em uma arbitragem de investimento, o demandado teve seu pleito financiado por um terceiro que tinha interesse em uma futura cessão de direitos de exploração, caso a parte financiada fosse vitoriosa. Em outra situação, no *Philip Morris v. Uruguay case*, administrado pela ICSID, a fundação *Tabacco Free Kids* financiou o estado do Uruguai no combate na busca de um resultado socialmente favorável.¹⁴⁴

Existe uma dificuldade inicial em se estabelecer modelos de remuneração do *third-party funder* pelo investimento no demandado. Algumas possibilidades, no entanto, já foram levantadas. Uma alternativa seria a de valorar a exposição do demandado em certo caso e se estabelecer uma meta ou situação na qual, caso esta condição se implementasse, intitularia o *third-party funder* ou o escritório de advocacia a uma certa quantia. Esse importe pode ser, à semelhança do estabelecido nos acordos de honorários de êxito, sobre a diferença dos valores devidos e dos efetivamente pagos pelo contratante dos serviços. Outra alternativa seria ainda a de se estipular um valor a ser pago invariavelmente ao fim do procedimento, com a possibilidade de se instituir um bônus ou *plus* em caso de sucesso da causa. Registre-se, entretanto, que o *third-party funding* de demandados torna-se mais viável em casos de *portfolio funding*.¹⁴⁵

¹⁴¹ BOULLE, Thibault De. “**Third-Party Funding**” in **International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 58.

¹⁴² ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 21.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 23.

¹⁴⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁴⁵ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>.

Outros possíveis contratantes são os escritórios de advocacia e advogados (c). Seja por costume de cada jurisdição ou em face de situações de impecuniosidade, escritórios de advocacia são requisitados a praticar honorários de êxito e a incorrem no risco de empreitada de eventos jurídicos. Como esclarecido no item 1.4.2, via de regra, a prática de honorários de êxito envolve o investimento dos serviços advocatícios em troca de uma parcela sobre o produto econômico da demanda. Nesse sentido, escritórios podem recorrer a empresas de financiamento de disputas com o intuito de viabilizar a prática de honorários de êxito e concorrer no mercado do direito.

Por último, cabe mencionar a figura dos corretores de financiamento de disputas (d). Através da literatura jurídica, não há relatos da presença desse ator no mercado brasileiro, que é em si embrionário.

A função realizada pelos corretores são a de aconselhar opções de financiamento, indicar possíveis empresas e, em alguns casos, administrar o processo de financiamento. Esse profissional pode ser remunerado por um valor fixo pago com a consecução do contrato de financiamento, ou sobre um percentual no eventual produto econômico da demanda.¹⁴⁶

Segundo um levantamento da Burford Capital, cujo gráfico representativo consta na figura 6, não obstante a existência desse intermediador, a decisão de celebrar um contrato de financiamento se mostrou colaborativa entre a parte financiada e sua equipe jurídica.¹⁴⁷

icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 23; CHANG, Eric Z. **Portfolio Funding, Decoded**: An Interview With Iain McKenny of Vannin Capital. (2017). Disponível em: <<http://third-party-funding.org/blog/portfolio-funding-decoded-interview-iain-mckenny-vannin-capital/>>. Acessado em: 15 Fev. 2018, 3; sobre *portfolio funding* vide item 4.1.2.2.

¹⁴⁶ ICCA & QUEEN-MARY. *Op.cit.*, p. 22.

¹⁴⁷ BURFORD. **2017 Litigation Finance Survey**. Disponível em: <<http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2017/09/Burford-2017-Litigation-Finance-Research-Whitepaper.pdf>>. Acessado em: 03 Set. 2018, p. 26.

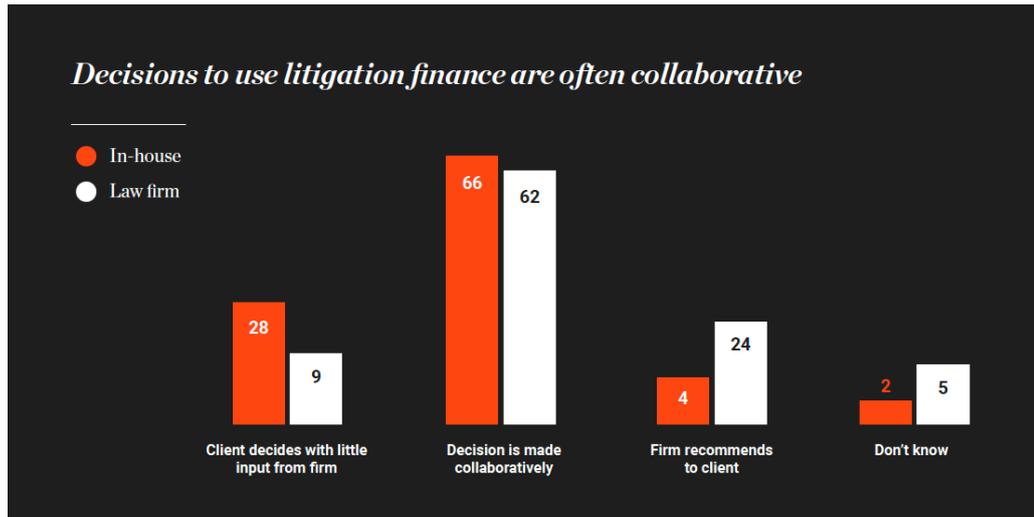


Figura 6. Gráfico Buford Capital de Decisão Colaborativa.

A mencionada pesquisa da Buford Capital ainda elencou, no gráfico da figura 7,¹⁴⁸ os maiores obstáculos pontuados pelos entrevistados, a partir desse processo de decisão colaborativa, na contratação de um *non-recourse arbitration financing*.

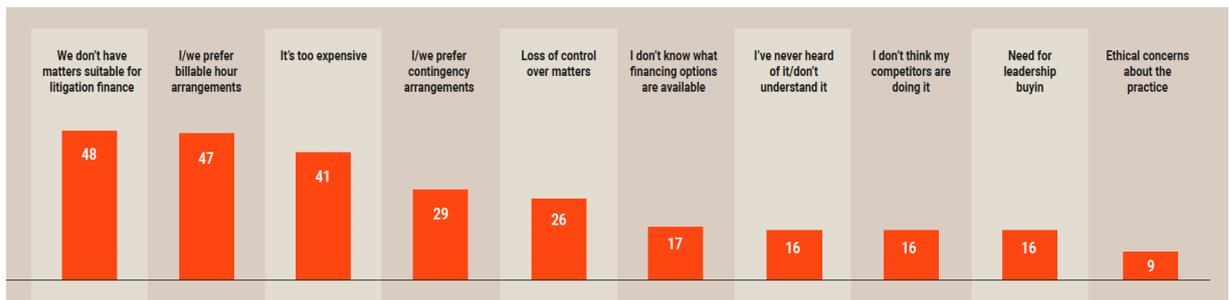


Figura 7. Gráfico Buford de Obstáculos à Contratação do *Third-Party Funding*.

Superado estes obstáculos, com a decisão interna de se buscar o financiamento e com o subsequente contato com uma empresa de financiamento de disputas, estará realizada a avaliação do caso (2.2).

2.2 AVALIAÇÃO DO CASO

O processo interno que uma empresa de financiamento de disputas realiza para a celebração de um contrato de financiamento, via de regra, envolve duas etapas: a primeira, um

¹⁴⁸ BURFORD. 2017 **Litigation Finance Survey**. Disponível em: <<http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2017/09/Burford-2017-Litigation-Finance-Research-Whitepaper.pdf>>. Acessado em: 03 Set. 2018, p. 26.

contato inicial com a demanda do cliente, com uma avaliação interna do caso; e, em sequência, presente certos elementos, realiza-se uma *due diligence* (item 2.3).

Nessa avaliação inicial, realiza-se uma análise perfunctória da causa. É solicitado à parte um conjunto inicial de informações para se compreender os elementos principais da demanda, como partes, custo, valor e riscos.¹⁴⁹ Normalmente, dependendo muito da política de cada empresa, dentro de sete a dez dias, apresenta-se um posicionamento para o cliente. Nesta oportunidade, algumas empresas podem suscitar a celebração de um contrato de financiamento de litígios condicionado, isto é, uma promessa de contrato de financiamento condicionada à realização e resultado do *due diligence*. Por meio deste instrumento, garante-se um período de exclusividade de contratação com a empresa por um período de tempo, que, em um estágio inicial do procedimento, pode durar entre seis a oito semanas.¹⁵⁰ Outras empresas, entretanto, como, *e.g.*, a *LESTE Litigation Finance*, não requerem esse tipo de contrato de exclusividade.¹⁵¹

Ademais, anote-se que, desde o início do contato com a financiadora, normalmente, assina-se um termo de confidencialidade, que inclui, via de regra, não só o sigilo das informações transacionadas entre o cliente e a empresa, mas ainda veda que a empresa de financiamento de disputas preste suporte financeiro ao adversário da parte que busca financiamento.

A maioria dos casos apresentados a essas empresas, entretanto, não são financiados por razões diversas.¹⁵² Por outro lado, em laudo conclusivo, a empresa, assim, propõe a realização de um *due diligence* para se avaliar, de forma pormenorizada, o caso (2.3).¹⁵³

2.3 DUE DILIGENCE

¹⁴⁹ SCHERER, Maxi; GOLDSMITH, Aren; FLECHET, Camille. **Third Party Funding in International Arbitration in Europe**: Part 1 – Funders’ Perspectives. *International Business Law Journal* (2012); Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n. 164/2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2348737>>. Acessado em: 05 mai. 2018, p. 214.

¹⁵⁰ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁵¹ Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

¹⁵² ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 24.

¹⁵³ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros**: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 65-66; Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Certamente, tendo-se em vista os elevados valores, riscos e incertezas, pode-se afirmar que a etapa do *due diligence* é a mais importante realizada pelas empresas de financiamento de disputas. Nesta fase, analisa-se detalhadamente o caso, documentos, chances de êxito e os riscos de um possível investimento – podendo-se inclusive se socorrer de consultorias e pareceres externos. Além disso, certas empresas ainda requerem a aprovação para a concessão do financiamento de um comitê de investimento interno da própria empresa.¹⁵⁴

Para se chegar a decisão de celebração do contrato, a empresa examina diversos elementos. Assim, a depender da política de assunção de risco e do cenário de cada evento jurídico, estabelecer-se-á um rol de elementos que serão examinados nesta fase de *due diligence*. Em lista não exaustiva, alguns fatores podem ser elencados.¹⁵⁵

- (i) O valor da demanda, sua natureza e complexidade;
- (ii) O valor total do investimento necessário para se processar a arbitragem, contingenciando-se todos os custos e uma margem de despesas extras;
- (iii) A situação financeira da parte contrária, quanto à sua solvibilidade para arcar com eventual condenação e demais custos;
- (iv) O time jurídico que suporta a parte, sua expertise e experiência em arbitragem e na matéria meritória;
- (v) A estimativa de duração do procedimento;
- (vi) A sede da arbitragem, para se analisar qual será *lex arbitri*, comportamento do judiciário local e os obstáculos de jurisdição;¹⁵⁶

¹⁵⁴ Este comitê é utilizado, *e.g.*, pela Burford Capital (BURFORD CAPITAL LTD., **Admission To Trading on AIM (Alternative Investment Market) Document**. Disponível em: <<http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2016/09/burford-admission-document.pdf>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 9); ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 25.

¹⁵⁵ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional**. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 65-66; Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil.; CREMADES, Bernardo. Concluding Remarks. *In*: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 154; KAPLAN, Charles. Third-Party Funding in International Arbitration Issues for Counsel. *In*: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 74.

¹⁵⁶ *Third-party funders* buscam jurisdições amigáveis à arbitragem. Assim, busca-se evitar jurisdições corruptas, com políticas anti-financiamento de procedimentos litigiosos por terceiros e, segundo algumas financiadoras, pautadas no sistema de *discovery* previsto no sistema dos Estados Unidos.

- (vii) Se se trata de uma arbitragem nacional ou internacional;¹⁵⁷
- (viii) As chances de sucesso da demanda da parte que busca o financiamento;
- (ix) As chances e possibilidades de se concluir um acordo;
- (x) A estratégia processual proposta pelo representante legal da parte, se houver;
- (xi) O produto econômico decorre da sentença, ou uma estimativa de um valor possível de acordo;

Esses e outros fatores podem ser estabelecidos como critérios de avaliação para se determinar a viabilidade e lucratividade de um determinado investimento.

A razão, entretanto, mais recorrente de rejeição de financiamento é o valor da demanda em si. Muitas vezes o valor que se discute não é capaz de gerar um retorno que justifique o aporte financeiro necessário para o investimento.¹⁵⁸ Algumas empresas pré-determinam um valor mínimo referente tanto as despesas como ao valor agregado da demanda. Além disso, o *quantum* de valor a ser investimento está intimamente ligado à probabilidade de duração projetada para o procedimento. Esse lapso temporal, pois, em um viés econômico, significa o período no qual o valor investido fica atado ao procedimento. E, assim, a contraposição entre a duração e retorno esperados é um indicativo da viabilidade, ou não, do investimento. Ademais, Cremades, sobre isso, afirma que algumas empresas usualmente estabelecem como patamar mínimo para se investir em uma demanda o percentual de 70% de chances de êxito.¹⁵⁹

Quanto aos custos da realização do *due diligence*, pode-se ter os seguintes cenários: *i.* a financiadora arca, uma vez que a maioria dos clientes estão em crise financeira; *ii.* o cliente assume o encargo; *iii.* o advogado ou escritório assume o custo. Em todos os casos, celebrando-se o contrato de financiamento, via de regra, a empresa cobrirá os valores retroativamente. Certas empresas, entretanto, só realizam a restituição em certas circunstâncias.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Seidel pontua, à título de exemplo, algumas peculiaridades da arbitragem internacional: a cultura, prática, regras locais aplicáveis, regras do local onde se pretende executar a sentença, a linguagem e o grau de envolvimento governamental (SEIDEL, Selvyn. *Third-party investing in international arbitration claims to invest or not to invest? A daunting question.* In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC, Volume 10.** Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 16-17).

¹⁵⁸ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 25.

¹⁵⁹ CREMADES, Bernardo. *Concluding Remarks.* In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC, Volume 10.** Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 154.

¹⁶⁰ SCHERER, Maxi; GOLDSMITH, Aren; FLECHET, Camille. **Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders’ Perspectives.** *International Business Law Journal* (2012); Queen Mary

Finalizado o *due diligence*, há uma fase de negociação, que, caso frutífero, seus termos são desenhados em uma carta de intenções. Esta serve de base para a formalização de um contrato principal de financiamento, cujas condições e cronogramas de investimento são precisamente fixados.¹⁶¹

2.4 RELAÇÃO TRIANGULAR: PARTE, ADVOGADO E *THIRD-PARTY FUNDER*

A relação triangular entre a parte financiada, o *third-party funder* e o advogado da parte possui uma dinâmica de interesses que deve ser aqui analisada. Isso porque, como o próprio Boulle afirma, essa *three-cornered relationship* enseja inúmeras potenciais situações de conflitos de interesse dos árbitros.¹⁶²

Antes de tudo, devem-se pontuar os interesses desses atores: *i.* a parte busca alcançar o maior produto econômico da demanda; *ii.* o advogado busca ser pago, e, em casos de prática de honorários de êxito, receber uma parcela do produto final; por último, *iii.* o *third-party funder* almeja o maior valor a título de retorno do seu investimento.

Primeiro, sobre a relação entre o *third-party funder* e a parte. É certo que, nos casos de aquisição de uma parcela dos direitos creditórios de acordo ou sentença arbitral, o *third-party funder* torna-se altamente interessado no resultado final do procedimento. Ferro explica que quando a parte se autofinancia existe apenas uma esfera de interesse quanto ao resultado da demanda. Lado outro, com a introdução do *third-party funder*, independentemente de este não ser parte formal no processo, adiciona-se mais uma esfera de interesse, por se beneficiar direta e economicamente com êxito do processo.¹⁶³ Veja-se, portanto, que seria de interesse do *third-party funder* controlar o direcionamento estratégico-processual da causa (*hands-on approach*). A transferência desse poder de controle da gestão do caso depende do clausulado do contrato de financiamento – todavia, deve-se sempre atentar para a aplicação de eventuais regras decorrentes das doutrinas do *maintenance* e *champerty*.¹⁶⁴

School of Law Legal Studies Research Paper n. 164/2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2348737>>. Acessado em: 05 mai. 2018, p. 215.

¹⁶¹ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional.** (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 65-66.

¹⁶² BOULLE, Thibault De. **“Third-Party Funding” in International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 62.

¹⁶³ FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 105.

¹⁶⁴ Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

A LESTE *Litigation Finance*, e.g., assevera que a forma da relação do fundo com os advogados e demais profissionais envolvidos é detalhada contratualmente. A empresa, entretanto, assevera que tem o costume de manter a condução do caso na esfera de poder da parte financiada (*hands-off approach*) – por isso, inclusive, não adquire mais do que 30 a 40% dos direitos creditórios. Affaki mencionou os chamados *vulture funds*, nos quais, em sentido oposto, o *third-party funder* compra a demanda sobre um nominal valor muito baixo, ou adquire uma parcela considerável dos direitos creditórios, substituindo pragmaticamente a parte na condução do processo, que perde total ou quase todo interesse no resultado da demanda.¹⁶⁵ Marcela Kohlbach, por outro lado, salienta o interesse que se tem em manter a participação e o alinhamento com a parte financiada. A participação da parte é essencial para o desenvolvimento do procedimento, tendo-se em vista a maior conectividade e reconstrução dos fatos característica da arbitragem – sendo o envolvimento da parte uma peça fundamental na apresentação do caso. Segundo a LESTE *Litigation Finance*, esta apenas opina na gestão, e não assume o controle do caso. Observe-se, entretanto, que a mudança radical da estratégia-processual previamente acordada pode engatilhar cláusula terminativa da relação – como, e.g., a mudança sem fundamento do escritório de advocacia que patrocinava a parte para outro sem experiência com o mérito da demanda ou com procedimentos arbitrais.¹⁶⁶

Anote-se, entretanto, que a transferência contratual do controle da causa para o *third-party funder*, salvo questões de restrições legais, não se apresenta como um problema em sede de arbitragem internacional comercial, tendo-se em vista se tratar de relação privada e inexistir um dever fiduciário do *third-party funder* para com a parte.¹⁶⁷ Veja-se, inclusive, que a *High Court of Australia* decidiu, no caso *Fostif*, que a influência do *third-party funder* não

¹⁶⁵ AFFAKI, Bachir Georges. A Financing is a Financing is a Financing. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 11.

¹⁶⁶ Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil; CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o novo paradigma do Third Party Funding**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador Claudio Finkelstein. São Paulo. 2014, p. 101; BOULLE, Thibault De. **“Third-Party Funding” in International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 64; SCHERER, Maxi; GOLDSMITH, Aren; FLECHET, Camille. **Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders’ Perspectives**. International Business Law Journal (2012); Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n. 164/2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2348737>>. Acessado em: 05 mai. 2018, p. 211.

¹⁶⁷ BOULLE, Thibault De. *Op.cit.*, p. 63.

constitui um abuso processual e que não se deveria estranhar o exercício algum controle daquele sobre o direcionamento do procedimento.¹⁶⁸

O conflito de interesse entre *third-party funder* e a parte, portanto, nos casos de cessão de direitos creditórios, decorre do interesse desse financiador em querer salvaguardar e ampliar seu retorno financeiro, através da condução das decisões do procedimento em determinado sentido que podem ir de encontro ao interesse da parte.

Segundo, sobre a relação entre o advogado e a parte. O representante legal possui um dever fiduciário para com a parte, devendo aconselhar e trabalhar segundo o melhor interesse do seu cliente.¹⁶⁹ Certas situações podem ensejar que o advogado tenha o interesse de atuar em benefício próprio.

Visando garantir seus honorários contratuais, o advogado pode estimular seu cliente a celebrar um contrato de financiamento – independentemente da qualidade de sua demanda.¹⁷⁰ Veja-se, *e.g.*, uma empresa, que se encontra insolvente, credora de um valor decorrente do reiterado não pagamento pelo fornecimento de seus produtos para outra empresa que demanda mais de 90% de sua produção. *Third-party funding*, além de possibilitar a celebração de honorários de êxito, nos casos de *law firm financing*, confere, na modalidade *non-recourse*, ao advogado segurança no recebimento de seus honorários contratuais. Adicionalmente, através da referenciação do caso, advogado ainda mantém uma boa relação com a entidade financiadora.

Terceiro, e por fim, sobre a relação entre o *third-party funder* e o advogado da parte. A relação de financiamento pode conferir a esse terceiro certa influência sobre o advogado. Este, além de poder ter sido avaliado ou apontado pelo *third-party funder*, tem em mente que a fonte pagadora dos seus honorários não é a parte, mas sim o *third-party funder*, que, ao fim, pode suscitar, *e.g.*, a não continuidade do pagamento como forma de força determinada conduta (apesar de não vermos essa conduta na prática, mas meramente como uma suposição teórica).¹⁷¹

O advogado e seu escritório são, como já salientado, um elemento essencial na análise de risco procedida pelo *third-party funder*. O representante da parte, de certa forma,

¹⁶⁸ BOULLE, Thibault De. “**Third-Party Funding**” in **International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 63.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 64.

¹⁷⁰ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o novo paradigma do *Third Party Funding***. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador Claudio Finkelstein. São Paulo. 2014, p. 105; BOULLE, Thibault De. *Op.cit.*, p. 64.

¹⁷¹ *Ibidem*, *loc.cit.*

também representa os interesses da financiadora em determinado caso. Assim, um potencial conflito pode surgir quando da colisão entre a persecução dos melhores interesses da parte em face dos interesses do *third-party funder*.¹⁷² A discussão fica ainda mais delicada em cenários em que existe uma parceria entre esse terceiro e o escritório de advocacia. Casado Filho ainda menciona ser comum a possibilidade de indicação pelo *third-party funder* de um advogado assistente para o time de advogados da parte.¹⁷³

O detalhamento sobre a independência do advogado nos termos do contrato de financiamento torna-se fundamental, inclusive se realizando reavaliações que se entendam necessárias.

2.5 CLAUSULADO CONTRATUAL

Os contratos de financiamento de disputas, também chamdo de contrato de *funding* ou de *funding agreement*, são, via de regra, no âmbito de arbitragens internacionais, artesanais e desenhados de acordo com os elementos particulares de cada caso.¹⁷⁴ Nestes instrumentos é estabelecido um clausulado que rege a relação triangular entre o *third-party funder*, a parte financiada e seu respectivo advogado.¹⁷⁵ Atente-se, entretanto, com relação a possibilidade desses contratos passarem a ser típicos e possuem regramentos próprios em legislações locais.¹⁷⁶

¹⁷² CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça**: o novo paradigma do *Third Party Funding*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador Claudio Finkelstein. São Paulo. 2014, p. 104-105.

¹⁷³ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁷⁴ FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 104.

¹⁷⁵ CREMADES, Bernardo. Concluding Remarks. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration**: Dossiers – ICC, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 153-156. “*the litigation funding contract is the foundation and framework of the funding relationship*” (tradução livre: “o contrato de financiamento de litígios é a base a estrutura da relação de financiamento”) (STEINITZ, Maya. The Litigation Finance Contract. In **William & Mary Law Review**. Rev. 455/2012. Vol. 54. Issue 2. Article n. 4. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss2/4>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 463).

¹⁷⁶ O Código Civil de Singapura, *e.g.*, traz o seguinte conceito do contrato de *funding*: “*Article 5 (B) (10) ‘third-party funding contract’ means a contract or agreement by a party or potential party to dispute resolution proceedings with a Third-Party Funder for the funding of all or part of the costs of the proceedings in return for a share or other interest in the proceeds or potential proceeds of the proceedings to which the party or potential party may become entitled*” (tradução livre: “Artigo 5 (B) (10) contrato de *third-party funding* significa um contrato ou acordo entre uma parte ou uma potencial parte em um procedimento de resolução de disputas e um *third-party funder* para o financiamento de todos ou parte dos custos do procedimento em retorno de uma parcela ou outro direito sobre o resultado ou potencial resultado do procedimento sobre o qual a parte ou potencial parte possa ter direito”) (SINGAPORE. **Civil Law Amendment Act n. 2 of 2017**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/2-2017/Published/20170224?DocDate=20170224>>. Acessado em: 14 jul. 2108).

Steinitz registra, com razão, a similaridade do contrato de financiamento de disputas com aqueles desenhados para investimentos de *venture capital*.¹⁷⁷ Em ambas as situações, há presente *i.* uma extrema incerteza, *ii.* uma assimetria de informações e *iii.* um custo de agência. Por isso, Steinitz explica que esses contratos de financiamento, falando de forma genérica, são construídos para responder a esses três problemas – e que, por isso, devem ser considerados como acordos de parceria limitada.¹⁷⁸

A regulação da relação das partes, portanto, é uma pedra fundamental no sucesso do investimento. Assim, a título de exemplo, é importante consignar nestes documentos, dentre outras, as seguintes cláusulas: (3.5.1) cláusulas de estrutura de remuneração da empresa de financiamento de disputas; (3.5.2) cláusulas de orçamento do caso; (3.5.3) cláusulas de monitoramento do caso; (3.5.4) cláusulas de controle sobre a gestão do caso; (3.5.5) cláusulas de divisão de riscos com escritórios de advocacia; (3.5.6) cláusulas de confidencialidade; (3.5.7) cláusulas *waterfall*; (3.5.8) cláusulas terminativas; (3.5.9) cláusula da relação entre empresa de financiamento de disputas e representante legal da parte; e (3.5.10) outras cláusulas.

2.5.1 Cláusulas de Estrutura de Remuneração da Empresa de Financiamento de Disputas

Como já salientado, a estrutura mais comum de remuneração das empresas de financiamento de disputas é aquela denominada *non-recourse*, ou seja, só será devida uma contraprestação no caso de êxito da demanda. Via de regra, a quantificação de um múltiplo sobre o valor investido ou de uma parcela sobre os valores auferidos tendem a ser alta, tendo-se em vista se tratar de um investido de alto risco.¹⁷⁹ Os patamares e as formas de remuneração variam de empresa para empresa. Algumas estipulações e padrões negociais, todavia, podem ser apresentados.

Geralmente, a fixação da parcela de direitos créditos a título de remuneração do *third-party funder*, nas estruturas *non-recourse* e afins, depende da alocação de riscos

¹⁷⁷ Steinitz indica que o termo *venture capital* refere-se ao capital investido, através da aquisição de quotas sociais ou ações, em empresas, normalmente em estado inicial, que demonstram grande potencial de retorno, porém com significativo risco de insucesso. Outra semelhança destacada pela autora é que, em investimentos de *venture capital*, o risco da empreitada também pode ser distribuído, como no *portfolio funding*, entre um conjunto de empresas através da aquisição de quotas sociais ou ações da empresa controladora, *e.g.* (STEINITZ, Maya. The Litigation Finance Contract. In **William & Mary Law Review**. Rev. 455/2012. Vol. 54. Issue 2. Article n. 4. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss2/4>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 463).

¹⁷⁸ *Ibidem*, 501.

¹⁷⁹ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 26.

contratuais, da probabilidade êxito da demanda, da provável duração e do valor necessário para o investimento. Certos *funders* buscam se assegurar de que o produto da subtração da remuneração pelo seu investimento – juntamente com outras parcelas vinculadas ao resultado da demanda, como *e.g.*, honorários de êxito – com os valores a serem restituídos à parte represente menos do que 50% do produto econômico da sentença ou acordo.¹⁸⁰ Nestes termos, pode-se estabelecer como critério uma proporção dos recebíveis em relação ao *quantum* investido. Por exemplo, a base de 1 para 10, ou seja, se o *funder* investir R\$ 1,00, espera-se que a parte recupere R\$ 10,00.¹⁸¹ Dessa forma, do valor total restituído, menos o valor o investido, obtem-se, como margde lucro, quatro vezes do total do valor investimento – considerando-se, como patamar mínimo, a proporção de 50% de retorno econômico para a parte.

Uma outra questão relevante considerada quando da estipulação desta cláusula é a instituição ou não de garantias, em caso de inadimplemento de uma das partes de suas obrigações.¹⁸²

A forma de estruturação do retorno, todavia, dependerá tanto dos elementos do caso, quanto se se está financiado o demandante ou o demandado. Assim, como já salientado, quanto ao primeiro, pode-se estabelecer um múltiplo sobre o valor investido ou, mais comum, uma porcentagem sobre o produto econômico restituído, em sede de sentença ou acordo. Outras estruturações podem vincular o *quantum* a ser recebido pela empresa em razão da duração do caso. Dessa forma, quanto mais curta for a arbitragem, menor a remuneração do *third-party funder*. Todavia, além de ser uma estrutura que incentiva a realização de acordos pela parte, possibilita que, com procedimento mais curtos, a empresa tenha que aporta menor recursos no caso.¹⁸³

2.5.2 Cláusulas de Orçamento do Caso

¹⁸⁰ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 25.

¹⁸¹ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁸² STEINITZ, Maya. The Litigation Finance Contract. *In William & Mary Law Review*. Rev. 455/2012. Vol. 54. Issue 2. Article n. 4. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss2/4>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 461.

¹⁸³ ICCA & QUEEN-MARY. *Op.cit*, p. 26.

A quantificação do possível orçamento do procedimento é um ponto cuidadosamente analisado pelas empresas de financiamento de disputas, sendo uma questão bem detalhada quando da realização do *due diligence* para se apurar os reais valores do caso.

Chegado-se a uma estimativa, essa quantia fixada no contrato de financiamento é repassada à parte ou advogado a medida que o procedimento evolui e as despesas ocorrem. Inclusive, é comum o estabelecimento de estágios, fases ou rodadas de financiamento – cuja nova disponibilidade financeira é vinculada ao implemento de certas condições. No contrato de financiamento, desenhado entre *Therium Finance AG IC* e *Dominion Minerals Corp.*, e.g., o apêndice número 1, denominado *Project Plan*, dedica-se a detalhar as fases e subfases nas quais determinada quantia será disponível à parte para a cobertura de expressas e determinadas despesas.¹⁸⁴ Esse repasse de valores, entretanto, pode ocorrer através de (i) reembolso, no qual a parte ou advogado apresenta à empresa de financiamento comprovante de pagamento, ou via (ii) pagamento direto na fatura emitida pelo próprio terceiro fornecedor ou prestador de serviço da despesa reembolsável. Sendo certo o estabelecimento de teto de custos (*caps*), tanto globais, como razão de cada fase ou etapa de investimento.¹⁸⁵ Nesta estrutura, denominada por Steinitz de *staged financing*, combate-se principalmente o cenário da assimetria de informação entre a parte financiada e a empresa de financiamento, que passa a ter maior conhecimento do caso a cada nova fase do procedimento. Por outro lado, essa modalidade, pois, confere maior poder de controle à empresa, que pode barganhar o repasse de valores das fases seguintes à realização de

¹⁸⁴ THERIUM FINANCE. **Litigation Funding Agreement**. Therium Finance AG IC v. Dominion Minerals Corp. 2015. Disponível em: <<https://www.lawinsider.com/contracts/2Bz778IIDmLXUk9rRNi8NU/dominion-minerals-corp/1402747/2017-02-14>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 20. Neste contrato, o *Project Plan* estabeleceu três fases. A primeira fase dedica US\$ 250.000,00 para custos com trabalhos preparatórios ao início do procedimento arbitral. A segunda fase contingencia entre US\$ 4.750.000,00 a US\$ 5.750.000,00 para os custos do procedimento arbitral, sendo este total dividido em duas partes: (i) entre US\$ 3.500.000,00 a US\$ 4.500.000,00 dedicados a custear honorários advocatícios e (ii) US\$ 1.250.000,00 a título dos demais custos, dentre eles, e.g., honorários e despesas dos árbitros e honorários de peritos. A terceira e última fase reserva US\$ 500.000,00 para despesas pós sentença, incluindo custos de ações anulatórias e impugnações a sentença.

¹⁸⁵ Veja-se, e.g., cláusula 7.1 “*The Claimant shall instruct the Solicitors and any other suppliers of services provided for in the Project Plan to address invoices relating to the work described in the Project Plan (in the case of the Solicitors, limited to the Agreed Percentage of the Base Costs) to the Claimant but marked payable by Therium and to deliver those invoices to Therium (copied to the Claimant) for payment. In the case of the Solicitors’ own costs, these shall be paid monthly or on such other terms as are agreed between the Claimant, Therium and the Solicitors*” (tradução livre: “O demandante deve instruir seu representante legal e fornecedor de serviços mencionados no *Project Plan* para endereçarem a fatura relativa ao trabalho descrito no *Project Plan* (no do representante legal da parte, limitado ao percentual acordado de custos básicos) ao demandante mas assinalado que será pago pela *Therium* e para enviar essas fatura a *Therium* (com cópia para o demandante) para pagamento. Nos casos dos custos do representante legal da parte, esses devem ser pago mensalmente ou em outros termos acordados entre o demandante, *Therium* e o representante legal da parte”); Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

determinada conduta ou estratégia no procedimento.¹⁸⁶ Isso até mesmo sob a ótica de que os honorários advocatícios do representante legal da parte são pagos, mensalmente ou em outra periodicidade, pela empresa de financiamento.¹⁸⁷ Não obstante isso ser possível, reitera-se a importância, no mercado da arbitragem internacional comercial, da reputação da empresa.

Repare-se ainda que, na cláusula que prevê o orçamento ou no apêndice que o detalha, há a rubrica específica das despesas e valores abarcados por aquele contingente financeiro – sendo as demais de responsabilidade da parte financiada. Por exemplo, via de regra, as empresas de financiamento de disputas não se responsabilizam por *security for cost* e *security for losses*, ou qualquer *adverse cost*.¹⁸⁸ Quanto a esses custos, é aconselhável, inclusive, a celebração de uma apólice de seguro.

Além da estipulação do valor total contingenciado como orçamento para o caso, deve-se estipular um mecanismo de reavaliação em face de certas situações, bem como na eventualidade de se ultrapassar o *quantum* previsto. Na ausência de estipulação contratual sobre, será necessário a renegociação do contrato de financiamento durante a realização do procedimento arbitral – o que pode ser indesejável.¹⁸⁹

2.5.3 Cláusulas de Monitoramento do Caso

A forma e a periodicidade de monitoramento do caso pela empresa de financiamento variam de acordo com contrato de financiamento. Pode-se suscitar, todavia, ser

¹⁸⁶ STEINITZ, Maya. The Litigation Finance Contract. *In William & Mary Law Review*. Rev. 455/2012. Vol. 54. Issue 2. Article n. 4. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss2/4>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 504, 506.

¹⁸⁷ “*For example, a funding company that specializes in lending to personal injury plaintiffs might provide borrowers with referrals to particular attorneys who agree to prolong cases, thereby extending the time period during which interest accrues on the funds advanced*” (tradução livre: “Por exemplo, uma empresa de financiamento que é especializada em emprestar para demandantes de danos pessoais podem referenciar estes a advogados específicos que concordem em prolongar os casos, estendendo o período de tempo no qual os juros vencem”) (NAMIC (NATIONAL ASSOCIATION OF MUTUAL INSURANCE COMPANIES). **Third-Party Litigation Funding: Tipping the Scales of Justice for Profit**. (2011). Disponível em: <https://www.namic.org/pdf/publicpolicy/1106_thirdPartyLitigation.pdf>. Acessado em: 09 Mar. 2018, p. 3).

¹⁸⁸ Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil; vide cláusula 5, 8 e 12 do contrato de financiamento entre *Therium Finance AG IC* e *Dominion Minerals Corp.* (THERIUM FINANCE. **Litigation Funding Agreement: Therium Finance AG IC v. Dominion Minerals Corp.** 2015. Disponível em: <<https://www.lawinsider.com/contracts/2Bz778IIDmLXUk9rRNi8NU/dominion-minerals-corp/1402747/2017-02-14>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 7).

¹⁸⁹ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 25.

no mínimo incomum ou estranho a ausência de monitoramento, uma vez que a entidade aportou significa quantia no procedimento e espera ser reembolsa desse investimento.

No mínimo, é possível afirmar que as empresas de financiamento buscaram relatórios, algumas vezes mensais, sobre o andamento e progresso do caso e sobre as despesas e honorários já incorridos. Além disso, o monitoramento pode incluir outros aspectos, tais como, *e.g.*, o contato direto com o escritório e a equipe jurídica a frente do caso, a presença em reuniões e audiências, ser copiada nos e-mails e ser constantemente informada das estratégias a serem tomadas.¹⁹⁰ Esse monitoramento é justamente realizado tanto com o intuito de verificar a boa performance das condutas praticadas no procedimento, como, inclusive, com o objetivo de avaliar a consecução dos atos necessários à dar cumprimento às obrigações e desenhos traçados no contrato financiamento.¹⁹¹ Atente-se, ainda, que a própria estratégia processual pode ter sido objeto de contratação no contrato de financiamento, o que, se não seguida, pode ensejar o gatilho de cláusulas de suspensão e resolução contratual.

2.5.4 Cláusula de Controle sobre a Gestão do Caso

Em diferentes níveis, o exercício de controle sobre a gestão caso pela empresa de financiamento está intimamente vinculado às tratativas negociais e, especialmente, ao clausulado contratual.

Veja-se ainda que, em sede de arbitragem internacional, trata-se de um investimento extremamente qualificado por um *third-party funder* – via de regra, um grande *player* no mercado de financiamento de litígios – que identificou aquela demanda como um ativo financeiro cuja rentabilidade justificou a realização de um investimento de alto risco. Dado esse interesse especial, há indubitavelmente um incentivo a que esse *player* cuide e, de certa forma, controle ou quicá venha a gerir o direcionamento do procedimento.¹⁹²

¹⁹⁰ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 28; THERIUM FINANCE. **Litigation Funding Agreement: Therium Finance AG IC v. Dominion Minerals Corp.** 2015. Disponível em: <<https://www.lawinsider.com/contracts/2Bz778IIDmLXUk9rRNi8NU/dominion-minerals-corp/1402747/2017-02-14>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 9-10.

¹⁹¹ Sobre as alegações de controle da gestão do caso, empresas de financiamento de disputas já manifestaram que o monitoramento do caso não implica no exercício de controle, mas sim na utilização de um meio legítimo a assegurar os termos e condições estabelecidas no contrato de financiamento (SCHERER, Maxi; GOLDSMITH, Aren; FLECHET, Camille. **Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders’ Perspectives.** International Business Law Journal (2012); Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n. 164/2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2348737>>. Acessado em: 05 mai. 2018, p. 211 e 216).

¹⁹² ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration.** [S.L.]: Oxford University Press, 2014, p. 207.

Em verdade, não necessariamente existe uma cláusula específica sobre o nível controle e gestão do caso – que, ao revés, pode ser nivelado a partir da avaliação do conjunto das disposições contratuais. A título de exemplo, pois, as cláusulas 2.3 e 2.4 do contrato de financiamento firmado entre *Therium Finance AG IC* e *Dominion Minerals Corp.* estabelece o direito da empresa de financiamento de aceitar ou não o prosseguimento do financiamento no início de cada nova fase, estágio ou ciclo de financiamento.¹⁹³ Veja-se que a possibilidade de exercício de controle, neste caso, é indireta, porém pode afetar diretamente a escolha da condução do caso a partir do posicionamento da empresa de financiamento. Apesar disso, a maioria das empresas, frisam elas, buscam assegurar o seu não controle e interferência sobre a condução do caso pela parte.¹⁹⁴ Além disso, como já salientando, caso o advogado não trabalhe sobre o regime de honorários de êxito, os próprios honorários de advocacia são pagos pela empresa – o que é um outr fator a ser considerado.¹⁹⁵

Relembre-se que em certas jurisdições, baseadas nas doutrinas do *maintenance e champerty*, estas disposições de controle de um terceiro almejando lucrar às custas de sistemas de resolução de demandas podem gerar certas dificuldades.¹⁹⁶

¹⁹³ THERIUM FINANCE. **Litigation Funding Agreement**. Therium Finance AG IC v. Dominion Minerals Corp. 2015. Disponível em: <<https://www.lawinsider.com/contracts/2Bz778IIDmLXUk9rRNi8NU/dominion-minerals-corp/1402747/2017-02-14>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 6.

¹⁹⁴ Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil; veja-se, por oportuno, a seguinte disposição: “9.1. *The Parties recognise that the Solicitors must at all times act independently and in the best interests of the Claimant and in accordance with their other professional duties. Nothing in this Agreement entitles Therium to interfere in the conduct of the Claim and/or the Proceedings*” (tradução livre: “9.1. As partes reconhecem que o representante legal da parte deve sempre agir independentemente e de acordo com o melhor interesse do demandante, bem como de acordo com os seus deveres éticos-profissionais. Nada neste contrato dar o direito à *Therium* de interferir na condução da demanda e/ou do procedimento”) (THERIUM FINANCE. *Op.cit.*, p. 9); Mick Smith, na mesa redonda organizada pela *Global Arbitration Review*, afirmou, sobre a relação entre *funders* e advogado da parte: “*I think it’s unlikely that we would disagree. When you invest, you back the jockey and horse... you back the team. It’s like venture capital*” (tradução livre: “eu acho que improvável que nós discordemos. Quando você investe, você patrocina o jóquei e o cavalo... você patrocina o time. É como *venture capital*”) (ROSS, Alison. **The Dynamics of Third-Party Funding II**. (2012). Disponível em: <<https://000f69c.rcomhost.com/fulbrook/the-dynamics-of-third-party-funding-ii/>>. Acessado em: 08 mar. 2018, p. 5-6).

¹⁹⁵ GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure**. 1ª ed. [S.L]: Kluwer Law International, 2016, p. 95-99.

¹⁹⁶ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 28. Aliás, Boulle ainda ponderará que, a respeito dos contratos de financiamento, estes não seriam regidos, em verdade, pela *lex arbitri*, isto é, pela lei da sede da arbitragem, uma vez que se trata de instrumento que não faz parte da cláusula compromissória. Nesse sentido, o mesmo autor e Rogers afirmam que a invalidação do contrato de *funding* que não tenha qualquer relação formal com a lei do local da arbitragem implicaria na aplicação extraterritorial da referida lei (BOULLE, Thibault De. “**Third-Party Funding**” in **International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02

Mais uma vez, relembra-se que o não *compliance* com os termos do contrato ou a mudança na probabilidade de sucesso da demanda podem disparar, a depender do clausulado, hipóteses terminativas da relação – e ainda, em certos casos, facultar a perseguição pelo *third-party funder* de compensação sobre o valor investido.

2.5.5 Cláusula de Divisão de Riscos com Escritórios de Advocacia

A expressão *to put skin in the game*” representa a essência dessa disposição contratual. Algumas empresas de financiamento de disputas exigem que escritórios de advocacia concorram com os riscos de insucesso da empreitada jurídica.

A título de exemplo, pode-se exigir que se contrate honorários, totais ou parciais, de êxito, que se estabeleça um limite de valor aos possíveis honorários de êxito recebíveis, ou ainda que se confeccione um acordo sobre eventuais despesas não previstas.¹⁹⁷

2.5.6 Cláusula de Confidencialidade

Cláusulas de confidencialidade, comumente denominadas de NDA (*non-disclosure agreement*), como salientado acima, são estabelecidas não só desde primeiro contato com o caso, antes do recebimento de qualquer informação ou documento, como também no contrato de financiamento celebrado.¹⁹⁸ Apesar de existir, atualmente, uma preferência em revelar a existência da relação de financiamento com o propósito de elidir nulidades futura,¹⁹⁹ o que se busca aqui entenderm é o porquê os *third-party funders*, mas especificamente as empresas de financiamento de disputas, desejam ou desejariam manter tais relações ou algumas informações sobre ela confidenciais. Notadamente, existem algumas razões que podem ser elencadas.

Primeiro, esta cláusula pode refletir uma preocupação a respeito da possibilidade de consideração pelo Tribunal Arbitral da existência da relação de financiamento em decisão sobre *securtiy for cost*, *securtiy for losses*, *adverse cost*.²⁰⁰ Em síntese apertada, na arbitragem

Ago. 2018, p. 55; ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration**. [S.L.]: Oxford University Press, 2014, p. 193).

¹⁹⁷ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 27.

¹⁹⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁹⁹ Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

²⁰⁰ TRUSZ, Jennifer A. Full Disclosure? Conflict of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. In **The Georgetown Law Journal**. Vol 101. 2013. Disponível em: <<https://georgetownlawjournal.org/articles/111/full-disclosure-conflicts-of>>. Acessado em: 18 Ago. 2018, p. 1672; *vide*, por todos, *Norscott v. Essar Case*.

internacional, a alocação de responsabilidade por custos é, via de regra, sujeita à decisão do Tribunal Arbitral, salvo convenção das partes, previsão em regulamento ou disposição legal em contrário.²⁰¹ De outro lado, normalmente, estipulam-se como requisitos para concessão de uma ordem de *security for cost* a demonstração pela parte requerente: *i.* de que possua um direito evidente e uma probabilidade de sucesso na demanda; e *ii.* de que a parte contrária esteja em crise financeira, sendo que, possivelmente, não se encontre em condições de cumprir com eventuais custos de uma futura sentença desfavorável.²⁰² Trusz coloca, em suas recomendações, a vedação aos Tribunais Arbitrais de considerarem o *third-party funding* para fins de concessão, ou não, de *security for cost* e decisão sobre custos.²⁰³

Ademais, veja-se que certas apólices de seguro ATE podem ser utilizadas como *security for cost*. Estas apólices normalmente, dispensam o pago de prêmio prévio a contratação, sendo devido qualquer valor apenas em caso de sucesso da demanda.²⁰⁴ Bogart acredita inclusive que a maioria das empresas de financiamento de disputas da Inglaterra exigem a contratação pela parte de uma apólice de seguro ATE. Assim, o autor afirma que se a empresa de financiamento e a parte escolhem litigar sem a apólice, eles estariam apostando na vitória do caso e buscando elidir os custos do pagamento de um prêmio futuro. Nesse caso,

²⁰¹ TRUSZ, Jennifer A. Full Disclosure? Conflict of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. In **The Georgetown Law Journal**. Vol 101. 2013. Disponível em: <<https://georgetownlawjournal.org/articles/111/full-disclosure-conflicts-of>>. Acessado em: 18 Ago. 2018, p. 1677.

²⁰² “*the existence of a funding agreement cannot automatically lead the tribunal to order security for costs, particularly under the currently prevailing standards for such orders*” (tradução livre: “a existência de um contrato de financiamento não pode automaticamente levar o Tribunal a emitir uma ordem de *security for costs*, particularmente em face dos atualmente prevalecentes *standards* de tal ordem”) (SCHERER, Maxi. Third-Party Funding in International Arbitration. Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements? In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC, Volume 10**. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 96); “*it is unlikely that the prevailing party will recover its costs from the losing party that obtained funding. It is equally unlikely that the prevailing party will be able to turn to the third-party funder to recover its costs. Some funding agreements specifically provide that the funder is not liable for adverse costs. More importantly, however, the arbitral tribunal very likely lacks jurisdiction to order the third-party funder to pay adverse costs, because the funder is not a signatory to the arbitration agreement or a party to the arbitration proceedings*” (tradução livre: “é improvável que a parte vencedora irá recuperar seus custos da parte perdedora que obteve um financiamento. É igualmente improvável que a parte vencedora irá ser capaz de voltar em face do *third-party funder* para recuperar seus custos. Alguns contratos de financiamento especificamente preveem que o *third-party funder* não é responsável por custos adversos. Mais importante, entretanto, o Tribunal Arbitral muitas vezes não possui jurisdição para ordenar que o *third-party funder* pague os custos adversos porque o *third-party funder* não é signatário da cláusula compromissória ou parte no procedimento arbitral”) (*Ibidem*, p. 97).

²⁰³ TRUSZ, Jennifer A. *Op.cit.*, *loc.cit.*

²⁰⁴ BOGART, Christopher P. Overview of Arbitration Finance. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC, Volume 10**. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 55.

Bogart assevera que, nessas situações, em caso de insucesso da demanda, as Cortes inglesas têm entendido que os mesmos são responsáveis pelos custos decorrentes da sentença.²⁰⁵

Segundo, a confidencialidade pode ser celebrada por razões estratégicas. O conhecimento sobre a relação de financiamento pode afetar o comportamento da parte contrária, principalmente em questões referentes às condições de acordo. Pode-se, *e.g.*, se está revelando que não se tem recursos financeiros – o que nem sempre é o caso a partir somente da análise de se ter celebrado um contrato de financiamento de disputa.²⁰⁶

Terceiro, em caso de a parte financiada ser considerada antiética, corrupta ou de alguma forma ter sua imagem negativada, através do sigilo da relação estas questões não seriam vinculadas ao *third-party funder*.²⁰⁷

Trusz salienta que em face da existência de NDA nos *funding agreements*, que vedam a inclusive a revelação voluntária da parte ao procedimento arbitral, a revelação ou não pela estaria subjugada à boa-fé do *third-party funder*. Veja-se, entretanto, que a atividade e práticas do *third-party funding*, especialmente, por empresas de financiamento de disputas não são reguladas na maioria dos Estados – ainda.²⁰⁸ Apesar disso já há a previsão de elaboração de um código de condutas em Hong Kong, além de já existir o *Association of Litigation Funders (ALF) Code of Conduct*, na Inglaterra, mas que, todavia, só aplicado àquelas empresas de financiamento de disputas associados à entidade.

Ademais, anote-se que a relação entalhada no contrato de financiamento não se submete à jurisdição do Tribunal Arbitral, ou seja, este não tem como lhe apreciar o mérito da avença ou o teor de suas cláusulas.²⁰⁹

2.5.7 Cláusula *Waterfall*

²⁰⁵ BOGART, Christopher P. Overview of Arbitration Finance. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 53.

²⁰⁶ Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

²⁰⁷ SHAW, Gary J. Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit. In **Arbitration International**. Vol. 33. Issue 1. Março de 2017, p. 109-120. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/arbint/aiw007>>. Acessado em: 23 mai. 2016, p. 7.

²⁰⁸ TRUSZ, Jennifer A. Full Disclosure? Conflict of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. In **The Georgetown Law Journal**. Vol 101. 2013. Disponível em: <<https://georgetownlawjournal.org/articles/111/full-disclosure-conflicts-of>>. Acessado em: 18 Ago. 2018, p. 1672.

²⁰⁹ SHAW, Gary *Op.cit*, p. 6.

Através da cláusula *waterfall* ou cláusula de prioridade (*priorities agreement*),²¹⁰ que pode ser inserida no contrato de financiamento ou pode configurar como um contrato apartado, determinará como os proveitos do caso serão divididos entre os *stakeholders*, incluindo-se nestes aqueles titulares de direitos creditórios sobre o produto final da demanda, tipicamente a parte, o *funder*, o escritório e determinadas estruturas de seguro.²¹¹

2.5.8 Cláusulas de Suspensão e Resolução do Contrato

Certamente, este conjunto de cláusulas é um dos mais importantes do contrato de financiamento. Trata-se de hipóteses que engatilham, para uma ou para a outra parte, seja o direito de suspender ou o de resolver o contrato de financiamento. Não obstante ser um contrato o artesanal, é possível se dissertar sobre hipóteses recorrentes.

Primeiro, podemos nos socorrer do 2018 ALF *Code of Conduct*, que estabelece, em seu item 11.2, que os contratos de financiamento devem prever os seguintes três gatilhos de resolução contratual, quais sejam, nas hipóteses de o *third-party funder*: *i.* razoavelmente não mais está satisfeito com o mérito da disputa; *ii.* razoavelmente não mais acreditar que a disputa é comercialmente viável; e *iii.* razoavelmente acreditar que se teve uma violação material do contrato de financiamento. No item 12, o *Code of Conduct*, entanto, prevê que o contrato de financiamento não deve estabelecer um direito discricionário ao *third-party funder* de terminar o contrato de financiamento caso tenha ocorrido uma das circunstâncias descritas no item 11.2 do mesmo documento.²¹²

Uma outra cláusula terminativa recorrente diz respeito àquela que prevê o fim da relação contratual em caso de inexatidão, não revelação ou falsidade das informações prestadas pela parte ou seu representante legal ao *third-party funder* quando do processo avaliação do caso e de *due diligence*.

²¹⁰ No contrato de *funding* entre *Therium Finance AG IC* e *Dominion Minerals Corp.*, e.g., tratou-se de um documento apartado (THERIUM FINANCE. **Litigation Funding Agreement**: Therium Finance AG IC v. Dominion Minerals Corp. 2015. Disponível em: <<https://www.lawinsider.com/contracts/2Bz778IlDmLXUk9rRNi8NU/dominion-minerals-corp/1402747/2017-02-14>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 4).

²¹¹ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 25.

²¹² ALF. **2018 Code of Conduct**. Disponível em: <<http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>>. Acessado em: 07 Out. 2018.

2.5.9 Cláusula de Regência da Relação entre Empresa e Representante Legal da Parte

A pessoa do advogado e as características do escritório de advocacia são fatores importantes na avaliação da concessão, ou não, do financiamento pela empresa de financiamento.²¹³ Essa situação cria, pois, uma maior complexidade no problema de agência,²¹⁴ ainda mais em face do dever do advogado de agir sempre na persecução dos interesses de seu cliente, a parte.²¹⁵

Em razão de tanto, a estruturação da relação entre o escritório de advocacia e o *third-party funder*, demarcando os deveres daquele em face do cliente e da própria empresa de financiamento de disputas, com a autorização do cliente, é uma questão sensível e que deve ser detalhada no contrato de financiamento. Inclusive, alguns contratos preveem que a troca do advogado se sujeita à aprovação do *third-party funder* como condicionante à continuidade do contrato de financiamento.

No contrato de *funding* entre *Therium Finance AG IC* e *Dominion Minerals Corp.*, e.g., prevê-se a seguinte estrutura: à empresa de financiamento deve ser paga a quantia referente aos honorários de êxito do advogado, que seram repassados por aquela ao advogado.²¹⁶

2.5.10 Outras Cláusulas

Diversas outras cláusulas e condições podem ser afixadas no contrato de financiamento. É oportuno se mencionar algumas delas.

Esses contratos, via de regra, preveem *alternative dispute resolution* (ADR), geralmente aplicando arbitragem ou, para algumas situações, outras formas de solução de

²¹³ KAPLAN, Charles. Third-Party Funding in International Arbitration Issues for Counsel. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration**: Dossiers – ICC, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 75.

²¹⁴ STEINITZ, Maya. The Litigation Finance Contract. In **William & Mary Law Review**. Rev. 455/2012. Vol. 54. Issue 2. Article n. 4. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss2/4>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, 482; ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 30.

²¹⁵ KAPLAN, Charles. *Op.cit.*, p. 73.

²¹⁶ THERIUM FINANCE. **Litigation Funding Agreement**: Therium Finance AG IC v. Dominion Minerals Corp. 2015. Disponível em: <<https://www.lawinsider.com/contracts/2Bz778IIDmLXUk9rRNi8NU/dominion-minerals-corp/1402747/2017-02-14>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 2.

conflitos.²¹⁷ Uma das razões dessas previsões é, inclusive, a manutenção da confidencialidade da relação.²¹⁸

²¹⁷ No contrato de *funding* entre *Therium Finance AG IC* e *Dominion Minerals Corp.*, e.g., há a previsão, na cláusula 7.3, de um de um profissional independente especialista em custos legais para decidir qualquer questão a respeito de despesas as quais as partes contratantes divergem sobre (THERIUM FINANCE. **Litigation Funding Agreement**: *Therium Finance AG IC v. Dominion Minerals Corp.* 2015. Disponível em: <<https://www.lawinsider.com/contracts/2Bz778IIDmLXUk9rRNi8NU/dominion-minerals-corp/1402747/2017-02-14>>. Acessado em: 11 Ago. 2018, p. 8).

²¹⁸ Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

3 PANORÂMA ATUAL DA REVELAÇÃO DO *THIRD-PARTY FUNDING* NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL COMERCIAL

Neste capítulo, nosso objetivo é estudar o atual panorâma da revelação do *third-party funding* na arbitragem internacional comercial. Para isso, realizamos uma análise do posicionamento adotado por (3.1) *soft laws*, (3.2.) regulamentos de câmaras arbitrias e (3.3) legislações. Em razão da limitação da extensão deste trabalho, selecionamos aqueles documentos com maior relevância e difusão no âmbito da arbitragem internacional. No fim deste capítulo, concluímos pela (3.4) inexistência de uniformidade quanto à um dever geral de revelação do *third-party funding* na arbitragem internacional.

Antes de se proceder essa análise, é importante frisar que certas situações, externas ao procedimento arbitral, podem impor a revelação do *third-party funding*. As agências reguladoras dos mercados de capitais, *e.g.*, podem exigir a divulgação da identidade deste terceiro e, até mesmo a revelação do contrato de financiamento.²¹⁹ Uma outra situação externa, que pode desnudar o *third-party funding*, diz respeito à possíveis disputas levadas ao Judiciário entre as partes contrantes do contrato de financiamento – não obstante ser comum a previsão de métodos alternativos de solução de disputas, inclusive por meio de arbitragem, com o objetivo final de preservar a confidencialidade da relação.²²⁰ Mesmo assim, a sentença arbitral pode ser questionada no Judiciário, o que, ao fim, pode implicar na revelação do financiamento. Isso ocorreu, *e.g.*, no caso *S&T Equipment and Machinery v. Juridica Investments Ltd.* Neste, *Juridica Investments Ltd.*, após terminar o contrato de financiamento sobre o fundamento de que a parte financiada lhe repassou falsas informações sobre fatos do caso, o que, conseqüente, comprometeu a avaliação da probabilidade de êxito da demanda, iniciou um procedimento arbitral administrado pela LCIA com objetivo de reaver o *quantum* investido. A revelação da relação, entretanto, ocorreu quando *S&T Equipment and Machinery* ingressou com uma medida provisória perante a Corte Distrital do Texas, nos Estados Unidos da América. Outro caso que ensejou a revelação do *third-party funding* em cortes nacionais foi o exemplo da disputa entre *SIAG e Vecchi v. King & Spalding LLP*, envolvendo o escritório e os demandantes, quanto ao

²¹⁹ GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure**. 1ª ed. [S.L.]: Kluwer Law International, 2016, p. 128.

²²⁰ A LESTE *litigation finance* prevê cláusulas arbitrais em seus contratos de financiamento (Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil).

valor devido por estes àquele em razão da contratação de honorários de êxito.²²¹ Pode-se ver ainda que, no Canadá, por entendimento jurisprudencial, outra situação externa impõe a revelação da identidade do *third-party funder* e do contrato de financiamento: ações coletivas.²²² Na Austrália também, o procedimento do tribunal federal para ações coletivas requer a revelação do contrato de financiamento.²²³ O argumento utilizado para, nas ações coletivas, se revelar os termos do contrato de financiamento em processos judiciais, mesmo em face de cláusulas de confidencialidade, é que a lei doméstica, via de regra, impõe ao juiz dever de supervisionar a relação entre financiadora, advogados e a classe – protegendo a última de possíveis conflitos de interesse dentro da relação.²²⁴

Dito isso, entendendo que razões externas à arbitragem podem implicar na publicização da existência e identidade do *third-party funder*, ou até mesmo do contrato de financiamento, passamos a analisar os principais entendimentos de alguns diplomas jurídicos selecionados: (3.1) *soft laws*, (3.2.) regulamentos de câmaras arbitrais e (3.3) legislações.

3.1 *SOLFT LAWS* E A REVELAÇÃO DO *THIRD-PARTY FUNDING*

Nesta oportunidade, elegemos duas *soft laws* para serem analisadas: (3.1.1) a *IBA Guidelines on Conflicts of Interest* de 2014 e (3.1.2) os *ICCA-Queen Mary Task Force Principles on Third-Party Finding* de 2018.

3.1.1 *IBA Guidelines on Conflicts of Interest* de 2014

A IBA (*International Bar Association*), em 2014, emendou a *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration (IBA Conflicts)*²²⁵ Comparada com a versão de 2004,²²⁶ passou-se a considerar no novel texto a presença de *third-party funders*, que – em razão do seu provável interesse econômico na sentença arbitral e seu potencial controle da parte financiada – é avaliado para fins de conflito de interesses com os árbitros.

²²¹ GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure**. 1ª ed. [S.L.]: Kluwer Law International, 2016, p. 128-219.

²²² *Ibidem*, p. 130.

²²³ *Ibidem*, *loc. cit.*

²²⁴ *Ibidem*, p. 131.

²²⁵ IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018.

²²⁶ IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2004). Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:F_ohLngukWsJ:https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx%3FDocumentUid%3D21D27F55-134B-4791-A01C-F8B6658BAB24+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acessado em: 10 Jun. 2018.

A IBA *Conflicts* é um documento que contém recomendações do que se entende atualmente por melhores práticas e condutas no cenário de arbitragem internacional, especificamente no que tange conflitos de interesses dos árbitros. Nos dias de hoje, a IBA *Conflicts* conta com grande aceitação e utilização na comunidade arbitral, assessorando árbitros e profissionais em como melhor assegurar a integridade de procedimento arbitrais.²²⁷

No que tange o recorte deste trabalho, é necessário estudar alguns pontos da IBA *Conflicts* que tratam (1) da caracterização dos sujeitos que são avaliados para fins de conflitos de interesse e, em sequência, (2) da estrutura do dever de revelar.

Sobre o primeiro ponto (1), o *General Standard* 6(b) traz certos elementos caracterizadores de todos os sujeitos que devem ser considerados para fins de avaliação de conflito de interesses – que inclui não somente *third-party funders*.²²⁸ O disposto possui a seguinte redação:

*If one of the parties is a legal entity, any legal or physical person having a controlling influence on the legal entity, or a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration, may be considered to bear the identity of such party.*²²⁹

A IBA estabelece, assim, que se considerará como se parte fosse – exclusivamente para fins de avaliação de conflito de interesse – pessoa física ou jurídica que tiver uma ou mais das seguintes características: (i) um controle influenciador sobre a parte; (ii) um direto interesse econômico ou (iii) um dever de indenizar a parte em razão da sentença que venha a ser lavrada na arbitragem. Anote-se, pois, que este dispositivo não está definindo o que venha quem venha a ser, para a IBA, *third-party funder* (descrito na *Explanation to General Standard* 6(b), que foi no item 1.5.3.1) – mas sim estabelecendo parâmetros para se determinar os sujeitos que devem ser considerados na avaliação da independência e imparcialidade do árbitro.

²²⁷ SHAW, Gary J. Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit. In **Arbitration International**. Vol. 33. Issue 1. Março de 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/arbint/aiw007>>. Acessado em: 23 mai. 2016, p. 1.

²²⁸ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 88.

²²⁹ Tradução livre: “Se uma das partes é uma entidade legal, qualquer pessoa física ou jurídica que tenha uma influência controladora nesta entidade legal, ou um direto interesse econômico ou um dever de indenizar a parte, na sentença a ser lavrada na arbitragem, deve-se considerar como se carregasse a identidade da parte” (IBA. **Guidelines on Party Representation in International Arbitration**. (2013). Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F>>. Acessado em: 13 Mai. 2018).

Através desse dispositivo, portanto, a IBA, frise-se, equipara esses terceiros, que carregarem um dos elementos ali descritos, pessoas físicas ou jurídicas – o que pode incluir *third-party funders* – às partes do procedimento exclusivamente para fins de avaliação de conflito de interesse.²³⁰

Quanto ao regime do dever de revelar (2), o *General Standard* 7(a) prevê a obrigação da parte de revelar – por sua própria iniciativa, na primeira oportunidade que tiver, ao árbitro único, ao Tribunal Arbitral, às demais partes no procedimento ou, eventualmente, ao *appointing authority* – qualquer relação entre *i.* um árbitro e uma das partes, incluindo afiliadas (*affiliates*), ou *ii.* entre um árbitro e uma entidade que possui um interesse econômico direto, ou um dever de indenizar a parte, em razão da sentença proveniente do procedimento arbitral. O *General Standard* 7(a) possui a seguinte redação:

*A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for the award to be rendered in the arbitration. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity.*²³¹

A IBA *Conflicts* expressamente, no *Explanation to General Standard* 7(a), estende esse dever de revelação pela parte para aquelas revelações envolvendo o árbitro e o *third-party funder*.

The parties' duty of disclosure of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration) has been extended to relationships with persons or entities having a direct economic interest in

²³⁰ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 89; entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

²³¹ Tradução livre “A parte deve informar ao árbitro, ao Tribunal, às partes e instituição arbitral ou ao *appointing authority* (se existir algum) de qualquer relação, direta ou indireta, entre o árbitro e a parte (ou outra empresa do mesmo grupo de empresas, ou um indivíduo que tenha uma influência controladora na parte no procedimento arbitral), ou entre o árbitro e qualquer pessoa ou entidade com um direto interesse econômico, ou com um dever de indenizar a parte em baos em razão da sentença a ser lavrada na arbitragem. As devem assim proceder por sua própria iniciativa na primeira oportunidade que possível” (IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.** (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018).

*the award to be rendered in the arbitration, such as an entity providing funding for the arbitration, or having a duty to indemnify a party for the award.*²³²

Complementando a sistemática, o *General Standard 7(c)* estabelece o dever de investigar da parte no sentido de buscar todas as informações disponíveis a respeito de relações que impliquem ou gerem dúvidas razoáveis sobre a independência e imparcialidade do árbitro.

*In order to comply with General Standard 7(a), a party shall perform reasonable enquiries and provide any relevant information available to it.*²³³

Existem algumas interpretações quanto ao regime do dever de revelar posto na *IBA Conflicts*.²³⁴

Uma dessas interpretações retrata o posicionamento adotado por alguns membros do *Task Force* e por Gary J. Shaw. Segundo estes, ao interpretar o *General Standard 7(a)*, a parte só estaria obrigada a revelar relações preexistentes entre o árbitro e o *third-party funder*.²³⁵ O pressuposto, assim, dentro da *IBA Conflicts*, para se estabelecer uma obrigação de revelação da identidade do *third-party funder* pela parte seria a existência anterior de uma relação entre este terceiro e o árbitro. Inexistente esta situação, a parte não estaria obrigada a revelar a existência e identidade do *third-party funder*. Esta lógica, decorre de uma interpretação literal do disposto (“*A party shall inform [...] of any relationship, direct or indirect [...] between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in*”). Ainda nesta linha, os integrantes do *ICCA-Queen Mary Task Force* discordam a respeito de quais tipos de relações de conhecimento da parte seriam, em verdade, deflagradoras da obrigação de revelar prevista

²³² Tradução livre: “O dever da parte de revelar qualquer relação, direta ou indireta, entre o árbitro e a parte (ou outra empresa do mesmo grupo de empresas, ou um indivíduo detentor de uma influência controladora na parte na arbitragem) tem sido estendido para relações com pessoas e entidades que tenham um direto interesse econômico na sentença a ser lavrada na arbitragem, tal como entidades que forneçam financiamento para arbitragens, ou tenham um dever de indenizar a parte em razão da sentença” ().

²³³ Tradução livre “Como forma de cumprir o *General Standard 7(a)*, a parte deve realizar investigações razoáveis e fornecer qualquer informação relevante disponível sobre” (IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018).

²³⁴ **ICCA & QUEEN-MARY. Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 110.

²³⁵ SHAW, Gary J. Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit. *In Arbitration International*. Vol. 33. Issue 1. Março de 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/arbint/aiw007>>. Acessado em: 23 mai. 2016, p. 2; **ICCA & QUEEN-MARY. Op.cit.**, p. 111.

no *General Standard 7(a)* – indicando alguns que seriam aquelas relações indicadas pelo *General Standard 6* e pelas *Red e Orange List* da *IBA Conflicts*.

Em suma, à luz dessa perspectiva, a parte não seria obrigada a revelar a existência e identidade do *funder* quando (i) este nunca teve contatos ou interações com um dos árbitros, e ainda, segundo alguns, (ii) quando estas relações não se amoldassem àquelas indicadas pelo *General Standard 6* e pelas *Red e Orange List* da *IBA Conflicts*. Os defensores dessa linha interpretativa indicam que a própria parte e o *third-party funder* são os mais interessados em preservar a integridade do procedimento e que, apesar das críticas, ao Tribunal Arbitral estaria salvaguardada a faculdade de ordenar a revelação da existência e identidade do *third-party funder*.²³⁶

De um outro lado, há autores e profissionais que defendem uma segunda linha de interpretação. Segundo esta, as partes não estão em posição de avaliar situações e circunstâncias que ensejariam possíveis conflitos de interesse. O *third-party funder*, e.g., poderia ter financiado casos anteriores nos quais um dos árbitros tenha sido apontado, ou ainda esse *third-party funder* tenha celebrado com o escritório do árbitro um *law firm portfolio financing*. Essas coincidências podem ser mais recorrentes no mercado restrito da arbitragem internacional. Por isso, a falta de revelação pela parte inviabiliza o conhecimento do árbitro de seu eventual impedimento para atuar na causa, obstando, e.g., a realização de um *conflict check* prévio nos cadastros do seu escritório.²³⁷ Ou seja, há um comprometimento no cumprimento do dever de investigar pelo árbitro, previsto no *General Standard 7(d)*, em face da ignorância da participação desse terceiro.²³⁸

²³⁶ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 111.

²³⁷ Veja-se que a ausência de realização de um *conflict check* ou sua realização de maneira defeituosa, embora seja um simple procedimento, pode dar azo o user um elemento considerado em sede de anulação, reconhecimento ou execução da sentença arbitral (*vide* *Asa Bioenergy Holding A G v. Adriano Ometto Agrícola Ltda*, julgado no STJ, no SEC n. 9.412/13 – STJ. **Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412/13. Voto-Relatório Ministro Relator Felix Fischer.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=52148959&tipo=91&nreg=201302788725&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170530&formato=PDF&salvar=false>>. Acessado em: 23 jun. 2018; STJ. **Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412/13. Voto-Vista Ministro Relator Felix Fischer.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=70084320&tipo=66&nreg=201302788725&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170530&formato=PDF&salvar=false>>. Acessado em: 23 jun. 2018; STJ. **Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412/13. Voto-Vista Ministro João Otávio de Noronha.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=54813618&tipo=3&nreg=201302788725&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170530&formato=PDF&salvar=false>>. Acessado em: 23 jun. 2018).

²³⁸ *General Standard 7 (d)*: “An arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to identify any conflict of interest, as well as any facts or circumstances that may reasonably give rise to doubts as to his or her impartiality

Os defensores dessa segunda linha interpretativa ainda argumentam que, na hipótese de a parte ser somente obrigada a revelar a existência e identidade do *third-party funder* quando tenha identificado uma relação deste com o árbitro, toda a interpretação sobre o que constitui um fato que se deve revelar, por ser capaz de gerar um potencial conflito de interesses, dependeria – exclusivamente – da interpretação da parte ou, quiçá, a depender do nível de controle, do *third-party funder*.²³⁹

Ao final, como o grande objetivo da revelação é elidir o tardio conhecimento de conflitos de interesse,²⁴⁰ o dever de revelar de ser vinculado ao fato de a parte está sendo financiada – e não à possível existência de relações do *third-party funder* com o árbitro. Apesar de concordamos com os argumentos da segunda linha interpretativa aqui destacada, não podemos discordar na primeira corrente sobre o que se extrai da leitura do *General Standard 7(a)*: o dever de revelação previsto na *IBA Conflicts* estaria atado à existência de relações entre o árbitro e o *third-party* – e não à presença do *third-party funder*. Esse foi um ponto retificado pelos princípios construídos pela *ICCA-Queen Mary Task Force* (3.1.2).

3.1.2 ICCA-Queen Mary Task Force Principles on Third-Party Funding

A ICCA (*International Council for Commercial Arbitration*) e a *Queen-Mary University*, através dos esforços do *Task Force*, já aqui mencionado, desenharam princípios, a título de recomendações, do melhor proceder quanto à revelação do *third-party funding*, dentre outros assuntos. Tais princípios foram consolidados no *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*²⁴¹ – que, em nosso sentir, no que

or independence. Failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge, if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries” (tradução livre: “um árbitro está sujeito ao dever de realizar investigações razoáveis para identificar qualquer conflito de interesses, assim como qualquer fato que razoavelmente der razão para se duvidar da imparcialidade e independência dele ou dela. A falha de revelar um conflito não é excusável por falta de conhecimento, se o árbitro não realizar investigações razoáveis”) (IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018).

²³⁹ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 112.

²⁴⁰ “*Disclosure of such relationships should reduce the risk of an unmeritorious challenge of an arbitrator’s impartiality or independence based on information learned after the appointment*” (tradução livre: “revelação de tal relação deve reduzir o risco de impugnações desprovidas de mérito sobre a independência e imparcialidade do árbitro baseadas em informações conhecidos após a indicação”) (IBA. *Op.cit.*).

²⁴¹ ICCA & QUEEN-MARY. *Op.cit., loc.cit.*

tange a revelação do *third-party funding*, carregam um amadurecimento em relação à IBA *Conflicts*.

Em busca de elidir futuros e inesperados pleitos de conflito de interesses com o árbitro, o *Task Force* partiu de visão mais abrangentes quanto a posição do árbitro no cenário da arbitragem internacional. Diferentemente da IBA *Conflicts*, o dever de revelação não está vinculado a existência de relações entre o árbitro e o *third-party funding*, mas sim à mera existência e participação do *third-party funder* no procedimento, financiando uma das partes.

Uma das questões mais polêmicas nas discussões do *Task Force* diz respeito a se a revelação do *third-party funding* deveria ser mandatória e sistemática ou decorrente exclusivamente de uma ordem do árbitro em um caso-a-caso.²⁴² Ou seja, inexistiu consenso entre os membros do *Task Force* sobre a necessidade de se instituir um dever geral de revelação do *third-party funding*.

Apesar dessa desarmonia, os membros do *Task Force* apresentaram uniformidade de entendimento quanto aos seguintes pontos:

- (1) *The existence of third-party funding or insurance in an international arbitral dispute can create the potential for an arbitrator conflict of interest with the funder or insurer;*
- (2) *Knowledge of the existence and identity of a third-party funder or insurer in international arbitral disputes is essential for arbitrators to assess and make necessary disclosures of potential conflicts of interest;*
- (3) *Disclosure of potential conflicts is important to avoid potential challenges to an arbitral award and to preserve the overall integrity of international arbitration;*
- (4) *Third-party funding may be provided through a variety of structures such that it is difficult to isolate a single definition of third-party funding;*
- (5) *Avoiding conflicts of interest is in the best interest of all parties and arbitrators, and is important for the legitimacy of international arbitration and the assured enforceability of arbitral awards; and*
- (6) *Disclosure should strike an appropriate balance between providing adequate information for arbitrators, parties, institutions, and appointing authorities to assess potential conflicts of interest, and reducing the potential for unnecessary delay, frivolous challenges to arbitrators, or unfounded applications for disclosure of financial information and funding agreements.*²⁴³

²⁴² ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration.** Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 82-83.

²⁴³ Tradução livre: “(1) A existência do *third-party funder* ou seguradora em disputas de arbitragem internacional podem criar o potencial para um conflito de interesse do árbitro com o *third-party funder* ou a seguradora; (2) O conhecimento da existência e identidade do *third-party funder* ou seguradora em disputas de arbitragem internacional é essencial para os árbitros avaliarem e realizarem as revelações de potenciais conflitos de interesses; (3) Revelação de potenciais conflitos de interesses é importante para evitar potenciais impugnações de sentenças arbitrais e para preservar, de uma forma geral, a integridade da arbitragem internacional; (4) *third-party funding* pode ser realizado através de diversas estruturas e por isso é difícil a consolidação de uma definição singular de *third-party funding*; (5) Evitar conflitos de interesses é algo de interesses de todas as partes e dos árbitros, e é

A revelação de existência e identidade do *third-party funder* pela parte como medida necessária à avaliação pelo árbitro de sua independência e imparcialidade e para que este possa proceder as revelações devidas foi questão pacífica dentre os integrantes do *Task Force*. Os integrantes também concordaram que a revelação deve ser restrita à existência e identidade do *third-party funder*, e, como destacado, o gatilho para se revelar é a parte está sendo financiada – e não a existência de relações deste terceiro e o árbitro, como na *IBA Conflicts*.

A partir das discussões do *Task Force* e dos comentários do público ao *Draft Report*, o *ICCA-Queen-Mary Task Force* elaborou alguns princípios, a título de recomendações ou *soft law*, nos seguintes termos:

A.1. *A party and/or its representative should, on their own initiative, disclose the existence of a third-party funding arrangement and the identity of the funder to the arbitrators and the arbitral institution or appointing authority (if any), either as part of a first appearance or submission, or as soon as practicable after funding is provided or an arrangement to provide funding for the arbitration is entered into.*

A.2. *Arbitrators and arbitral institutions have the authority to expressly request that the parties and their representatives disclose whether they are receiving support from a third-party funder and, if so, the identity of the funder.*

A.3. *For the purposes of disclosure, the term “third-party funder” refers to any natural or legal person who is not a party to the dispute and is not a party’s legal counsel, but who enters into an agreement either with a party, an affiliate of that party, or a law firm representing that party:*

a) *in order to provide material support for or to finance part or all of the cost of the proceedings, either individually or as part of a specific range of cases, and*

b) *such support or financing is provided through a donation, or grant, or in exchange for remuneration or reimbursement wholly or partially dependent on the outcome of the dispute.*

A.4. *In light of any disclosures made regarding the participation of any third-party funder or insurer, arbitrators and arbitral institutions should assess whether any potential conflicts of interest exist between an arbitrator and a third-party funder, and assess the need to make appropriate disclosures or take other appropriate actions that may be required under applicable laws, rules, or Guidelines.²⁴⁴*

importante para a legitimidade da arbitragem internacional e para a salvaguarda da executabilidade da sentença arbitral; e (6) a revelação deve ser realizada na proporção necessária entre o fornecimento de informações adequadas para os árbitros, partes, instituições e *appointing authority* para avaliar potenciais conflitos de interesses, e reduzir potenciais e desnecessários atrasos, impugnações à árbitros sem mérito, ou pedidos de revelação de informações financeiras e de contratos de financiamento sem fundamento” (ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 14).

²⁴⁴ Tradução livre: “A1. A parte e/ou seu representante legal deve, por sua própria iniciativa, revelar a existência do acordo de *third-party funding* e a identidade do *third-party funder* para os árbitros e instituição arbitral ou *appointing authority* (se alguma), seja na primeira oportunidade ou manifestação, ou assim que possível após à celebração do contrato de financiamento; A.2. Árbitros e instituições arbitrais têm a autoridade de expressamente requisitar que as partes e seus representantes revelem se estão recebendo alguma forma de suporte de *third-party funder* e, se sim, qual seja a identidade do mesmo; A.3. Para os fins da revelação, o termo ‘*third-party funder*’ refere-se à qualquer pessoa natureza ou jurídica que não seja uma parte na disputa e não seja o representante legal

Estas, ao nosso ver, são as melhores práticas já estabelecidas a respeito da revelação do *third-party funding*.

3.2 CÂMARAS ARBITRAIS

Um outro regramento do dever de revelação do *third-party funder* que se estudar são aqueles constantes nos regulamentos de câmaras arbitrais. Dentre os centros de destaque na arbitragem internacional, elegemos: (3.2.1) a *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) e a *CIETAC Hong Kong Arbitration Center* (CIETAC HKAC); (3.2.2) o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canada (CAM-CCBC); (3.2.3) o *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC); (3.2.4) o *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC); (3.2.5) a *International Chamber of Commerce Court of Arbitration* (ICC).

3.2.1 CIETAC e CIETAC HKAC

A CIETAC, no seu regulamento de arbitragem, de 2015, igualmente aplicado à CIETAC HKAC, não prevê qualquer dever específico de revelação do *third-party funding*.²⁴⁵

A CIETAC, entretanto, prevê no art. 27(2) do regulamento de arbitragem de investimento a obrigação sistemática de revelação, por escrito, da existência, da natureza do contrato de financiamento, do nome e do endereço do *third-party funder*, logo em sequência à celebração do contrato de financiamento, caso uma das partes esteja sendo financiada. O

da parte, mas que seja parte no contrato de financiamento com a parte, uma afiliada da parte ou o escritório de advocacia do representante legal da parte: a) para o fornecimento de suporte material ou financeiro de parte ou todo os custos do procedimento, seja individualmente ou parte de um conjunto de casos, e; b) tal suporte material ou financeiro é fornecido através de doação, concessão, ou em troca de uma remuneração ou reembolso integralmente ou parcialmente dependente do resultado da disputa; A.4. À luz de qualquer revelação a respeito da participação de qualquer *third-party funder* ou seguradora, árbitros e instituições arbitrais devem avaliar se qualquer potencial conflito de interesse existe entre um árbitro e um *third-party funder*, e avaliar a necessidade de realizar revelações apropriadas ou adotar medidas exigidas pelas leis aplicáveis, regras ou *Guidelines*” (ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 14).

²⁴⁵ CIETAC HKAC. **Arbitration Rules**. (2015) Disponível em: <<http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=106&l=en>>. Acessado em: 11 jul. 2018. Vale o esclarecimento de que a CIETAC é uma instituição de arbitragem que surgiu em 1956 na China. A CIETAC HKAC, lado outro, é a primeira filial da CIETAC fora da China. Ressalta-se ainda que, segundo o próprio regulamento de arbitragem, as disputas somente são recebidas pela CIETAC HKAC em caso de convecção arbitral que preveja: *arbitration in CIETAC Hong Kong Arbitration Center, arbitration in CIETAC Hong Kong* ou *arbitration in CIETAC in Hong Kong* (CIETAC HKAC. **About Us**. Disponível em: <http://www.cietachk.org/portal/mainPage.do?pagePath=en_US/aboutUs>. Acessado em: 16 jul 2018).

dispositivo ainda confere amplos poderes ao Tribunal Arbitral para ordenar a revelação de qualquer informação relevante referente ao contrato de financiamento.²⁴⁶

Recentemente, em 13 de março de 2018, a CIETAC HKAC realizou um debate a respeito do fenômeno do *third-party funding*. Nessa oportunidade, discutiu-se as *Guidelines for Third-Party Funding in Arbitration* que estão sendo formuladas pela instituição, alinhando-se com o incentivo e iniciativa do governo de Hong Kong em regular o mercado de *third-party funding*, a partir da decisão legislativa de não aplicação das doutrinas de *maintenance* e *champerty* à procedimentos arbitrais e correlatos.²⁴⁷

As referidas *Guidelines*, que atualmente se encontra na fase de consulta pública, nos seus termos atuais, não busca trazer normas cogentes, mas sim meras recomendações. Primeiramente, propõe-se que qualquer parte que busque um *third-party funding* desenhe os termos e condições do financiamento em um contrato formal, denominado pela instituição de *arbitration funding agreement* (AFA), inclusive firmando um acordo de confidencialidade com o *third-party funder* a respeito de todas as informações com ele transacionadas (comumente denominado de *non-disclosure agreement* – NDA). No item 2.9, as *Guidelines* estabelecem um dever para a parte de revelar, na primeira oportunidade, ao Tribunal Arbitral e as partes, quaisquer circunstâncias de que tenham ou passem a ter conhecimento, que possam dar azo a um conflito de interesses com os árbitros. Como se vê, não é um dever objetivo, ou seja, a revelação do TPF somente será realizada – pela parte – caso esta tenha conhecimento e entenda

²⁴⁶ Article 27. *Third Party Funding*. 2. *As soon as the third party funding agreement is concluded, the party accepting the funding shall notify in writing, without delay, to the other party or parties, the arbitral tribunal, and the IDSC or the CIETAC Hong Kong Arbitration Center that administers the case, of the existence and nature of the third party funding arrangement, and the name and address of the third party funder. The arbitral tribunal shall have the power to order the disclosure by the party accepting the funding of any relevant information of the third party funding arrangement* (tradução livre: “Artigo 27. *Third Party Funding*. 2. Assim que o contrato de financiamento for celebrado, a parte financiada deve notificar por escrito, sem atraso, as demais partes, o Tribunal Arbitral, e o IDSC ou a *CIETAC Hong Kong Arbitration Center* que administer o caso, da existência e natureza do contrato de financiamento, e o nome e o endereço do *third-party funder*. O Tribunal Arbitral deve ter o poder de ordenar a revelação pela parte financiada de qualquer informação relevante do contrato de financiamento”) (CIETAC. **Investment Arbitration Rules**. (2017). Disponível em: <<http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=390&l=en>>. Acessado em: 10 jul. 2018).

²⁴⁷ Registre-se, aliás, o endosso de Teresa Cheng SC, Secretária de Justiça da Hong Kong *Special Administration Region*, quanto a necessidade de um mecanismo de monitoramento e a introdução de um código de práticas de *funders* e partes correlatas, que já está sobre consulta pública e em pouco tempo entrará em vigor. Após o início da vigência do código, será designado um corpo técnico para garantir o *compliance* das empresas e partes com as normas (CIETAC HKAC. **CIETAC Hong Kong Arbitration Center successfully hosted the “Debate on Third-Party Funding in Arbitration” at the Justice Place, Hong Kong**. Disponível em: <http://www.cietachk.org/portal/newsPage.do?pagePath=\en_US\news\47b1e3fa3e533e7f001&type=center>. Acessado em: 11 jul. 2018). Como se destacará abaixo, Teresa Cheng SC realizou menção às novas disposições constantes no *Arbitration and Mediation Legislation*, que prevê a elaboração de um *code of practice* e a indicação de um *authorized body*.

que uma dada revelação é capaz de gerar dúvidas sobre a independência e imparcialidade dos árbitros. Esta é a mesma sistemática adotada pela IBA *Conflicts*, sobre as quais já tecemos críticas no item 3.1.1. Lado outro, os itens 3.1, 3.2 e 3.3 da *Guidelines* recomendam que o Tribunal Arbitral, quando entender apropriado ou quando analisando sua independência e imparcialidade, convide ou ordene a realização da revelação do *third-party funder*, incluindo informações sobre sua existência, identidade, endereço e qualquer outra informação que o Tribunal Arbitral entender necessária.²⁴⁸

3.2.2 CAM-CCBC

A CAM-CCBC também não possui em seu regulamento de arbitragem previsão específica sobre o *third-party funding* ou sobre sua revelação.

Em 20 de junho de 2016, entretanto, a instituição publicou a resolução número 18/2016, a respeito recomendações do melhor proceder no entendimento da câmara para os casos envolvendo *third-party funding* administrados pela instituição. Nesta resolução, a título de recomendação, a Câmara propõe que as partes informem a existência e a qualificação do *third-party funder* para a instituição, na primeira oportunidade. Essa informação é repassada para as demais partes e para os árbitros, para que estes, inclusive, realizem um *conflict check* e, caso necessário, revelem quaisquer relações que possam suscitar dúvida razoável quanto sua independência e imparcialidade.²⁴⁹

3.2.3 SIAC

No regulamento de arbitragem da SIAC de 2016 não há previsão sobre *third-party funding*.²⁵⁰ Em situação semelhante à CIETAC, a SIAC, por outro lado, em seu *Investment Arbitration Rules*, autoriza expressamente o Tribunal Arbitral a emitir ordem de revelação de existência e de identidade do *funder*, e, ainda, a poder levar em consideração a existência de *third-party funding* para fins de alocação de custos na sentença.²⁵¹

²⁴⁸ CIETAC HKAC. **Guidelines for Third Party Funding in Arbitration (consultation paper)**. Disponível em: <<https://hkarbitration.files.wordpress.com/2016/05/cietac-draft-guidelines-17-may-16.pdf>>. Acessado em: 12 jul. 2018.

²⁴⁹ CAM-CCBC. **Administrative Resolution 18/2016**. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/2890/resolucao-administrativa-182016/en-US>>. Acessado em: 12 ju. 2018.

²⁵⁰ SIAC. **SIAC Rules 2016**. Disponível em: <<http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>>. Acessado em: 26 jul. 2018.

²⁵¹ Art. 24 (l) e 33.1. (SIAC. **Investment Arbitration Rules**. 1ª Ed. (01 de janeiro de 2017). Disponível em: <<http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Arbitration%20Rules%20-%20Final.pdf>>. Acessado em: 11 jul. 2018).

Em 31 de março de 2017, a SIAC publicou uma *Practice Note* sobre a condução por árbitros de procedimento envolvendo financiamento externo, com padrões de práticas e condutas que devem ser observados por árbitros nos procedimentos administrados pela SCIA. Essa *Practice Note* foi desenvolvida com o intuito de suplementar as já existentes obrigações dos árbitros do regulamento da instituição.²⁵²

Neste documento, a SIAC estabeleceu-se, na nota de número 8, um dever para as partes de revelar, para o Tribunal, na primeira oportunidade que tiverem, o envolvimento de qualquer financiamento externo ou qualquer alteração deste. Além disso, fixou-se, na nota de número 5, que, exceto disposição das partes em contrário, o Tribunal Arbitral deve realizar as diligências que entender necessárias, incluindo a emissão de ordens de revelação da eventual existência de relação de financiamento e da identidade do *third-party funder*. Caso entenda necessário, o Tribunal poderá ainda requerer informações sobre o interesse desse *third-party funder* no resultado da demanda e se o *third-party funder* assumiu o dever de se responsabilizar sobre alocação de custos na sentença e eventuais valores a título de condenação.²⁵³

3.2.4 HKIAC

Até o regulamento de 2013 da HKIAC não existia qualquer disposição sobre *third-party funding*.²⁵⁴ Com objetivo de atualizar regras e práticas, a Câmara instituiu uma comissão revisora das regras do regulamento de 2013, que incluiu, dentre suas propostas, a inserção do dever de revelação do *third-party funding*, bem como a exceção do dever de confidencialidade sobre o procedimento arbitral para permitir a troca de informações entre a parte financiada com *third-party funders*.²⁵⁵

O recente regulamento de 2018 já prevê em seu art. 44 o dever de revelar o *third-party funding*.²⁵⁶ Segundo este dispositivo, caso um contrato de financiamento seja celebrado,

²⁵² SIAC. **Practice Note for Administered Cases – on Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding**. Disponível em: <<http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/Third%20Party%20Funding%20Practice%20Note%2031%20March%202017.pdf>>. Acessado em: 11 jul. 2018, p. 1.

²⁵³ *Ibidem*, p. 2.

²⁵⁴ HKIAC. **2013 Administered Arbitration Rules**. Disponível em: <<http://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/administered-arbitration-rules>>. Acessado em: 11 jul. 2018.

²⁵⁵ HKIAC. **Public Consultation Process on Proposed Amendments to the 2013 HKIAC Administered Arbitration Rules**. Disponível em: <<http://www.hkiac.org/news/revision-2013-administered-arbitration-rules>>. Acessado em: 11 jul. 2018.

²⁵⁶ HKIAC. **2018 Administered Arbitration Rules**. Disponível em: <http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/HKIAC%20Rules%20-26%20Sept%202018.pdf>. Acessado em: 28 Set. 2018.

a parte financiada deve comunicar, por escrito, as demais partes, os árbitros e a HKIAC da existência da relação de financiamento e da identidade do *third-party funder*. A comunicação deve ser realizada no momento do requerimento de instauração de arbitragem ou na sua resposta, quando das indicações dos árbitros para a composição do paniel arbitral, ou em qualquer momento logo posteriormente à celebração do contrato de financiamento. Além disso, o dispositivo exige que qualquer alteração, segundo a existência da relação e da identidade do *third-party funder*, devem ser imediatamente reveladas.

Merece aplausos o dispositivo no que tange o estabelecimento do momento que se deve revelar o *third-party funding*. Diferentemente dos outros diplomas, o art. 44 do regulamento da HKIAC traz expressamente os dois melhores momentos para se revelar, quais sejam: *i.* no requerimento de instauração ou na sua resposta e *ii.* quando da indicação dos árbitros. Em ambos os casos, há uma precaução, anteriormente à consolidação do Tribunal Arbitral, sobre a revelação de fatos a respeito do *third-party* que poderiam causar ao conflito de interesses – elidindo-se o desperdício da tomada de atos por árbitros desconhecidamente impedidos.

Além disso, como colocado nas propostas de alteração das regras, o art. 45.3 (e) expressamente excepciona a confidencialidade do procedimento para informações transacionadas pela parte financiada com *third-party funders*.

3.2.5 ICC Court of Arbitration

As regras de arbitragem de 2017 da ICC *Court of Arbitration* não possuem um regramento específico sobre o *third-party funding*. Apesar disso, em 12 de fevereiro de 2016, a insituição publicou a *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration*.²⁵⁷ Em razão do objeto deste trabalho, algumas considerações devem ser feitas sobre as normas e procedimentos trazidos neste documento, apensar de também não conter em si um regramento específico do *third-party funding*.

²⁵⁷ GOLDSMITH, Aren; MELCHIONDA, Lorenzo. **The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction**. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/>>. Acessado em: 13 jul. 2018, p. 1; O'MELVENY. **Guidance Note Issued by ICC on Disclosure of Conflicts by Arbitrators**. Disponível em: <<https://www.omm.com/resources/alerts-and-publications/alerts/guidance-note-issued-by-icc-on-disclosure-of-conflicts-by-arbitrators/>>. Acessado em: 13 jul. 2013, p. 1; ICC. **Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration**. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>>. Acessado em: 13 jul. 2018.

Como sempre, a *Note to Parties and Arbitral Tribunals* impõe aos árbitros, nos procedimentos administrados pela ICC, o dever de se manterem imparciais e independentes durante todo o procedimento, assinando, inclusive, Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência – que não exime o dever contínuo de revelar novos fatos.²⁵⁸

A ICC, ainda, assevera o legítimo interesse das partes de serem informadas e requerem informações sobre fatos e circunstâncias que – na visão das próprias partes – sejam necessárias à avaliação de independência e imparcialidade dos árbitros.²⁵⁹ Dessa forma, a avaliação sobre se um fato ou circunstância está abarcado pelo dever de revelar do árbitro passa por duas análises, não cumulativas: (i) se na visão de qualquer uma das partes geraria algum questionamento; ou (ii) se é questão capaz de gerar dúvida razoável sobre a imparcialidade e independência do árbitro. A mais, a ICC estabelece que, em caso de dúvida, a questão deve ser resolvida favoravelmente à revelação.²⁶⁰

A ICC traz ainda, expressamente, outra questão importante: a revelação de um fato ou circunstância não implica necessariamente na existência de um conflito. Frise-se, pois, que o instrumento da revelação é o meio eleito para salvaguardar a independência e imparcialidade dos árbitros.

A *Note to Parties and Arbitral Tribunals* disciplina ainda os efeitos da não realização de uma revelação pelo árbitro. Apesar de não ser fato que implique automaticamente na desqualificação do árbitro, objeções e arguições serão analisadas pela Corte da ICC, que poderá levar em consideração a quebra do dever de revelar quando da análise da objeção ou arguição.²⁶¹

Em lista não exaustiva, no referido documento a ICC lista possíveis circunstâncias e situações que podem gerar conflito de interesse, incorporando os conceitos utilizados pela *IBA Conflicts*. Os árbitros, para fins de análise de conflitos de interesse, carregam também a identidade de seus escritórios e de qualquer pessoa jurídica que façam parte, inclusive *affiliate companies*.²⁶² Em face de impugnações da independência e imparcialidade do árbitro, a

²⁵⁸ §§§ 15, 16 e 17 (ICC. **Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration**. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>>. Acessado em: 13 jul. 2018).

²⁵⁹ § 17 (*Ibidem*).

²⁶⁰ § 18 (*Ibidem*).

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² O Black's Law Dictionary apresenta o seguinte conceito de *affiliate*: “1. *A corporation that is related to another corporation by shareholdings or other means of control; a subsidiary, parent, or sibling corporation*” (tradução livre: “1. Uma empresa que é relacionada à outra empresa por participação societárias ou outras formas de controle; uma subsidiária, controladora, ou com relação próxima”) (GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 9ª ed.

instituição realiza uma análise caso a caso, considerando a atividade do escritório de advocacia do árbitro e a relação do escritório com as partes.²⁶³

Na nota 24 da *Note to Parties and Arbitral Tribunals*, a ICC faz menção rápida ao *third-party funding*, indicando que relações entre os árbitros e *third-party funders* e seguradoras devem ser consideradas na avaliação da independência e imparcialidade do árbitro.²⁶⁴ Nesta lógica, reafirma-se o dever dos árbitros de investigar relações que gerem possíveis conflitos de interesses. Diferentemente da IBA *Conflicts* e dos ICCA-*Queen Mary Task Force Principles*, não há a previsão de um dever das partes, mas apenas dos árbitros.

Como já indicado, nessa sitemática, o árbitro possivelmente não terá meios para avaliar a necessidade de realizar uma revelação, tendo-se em vista sua ignorância quanto à participação do *third-party funder*.²⁶⁵

3.3 LEGISLAÇÕES NACIONAIS

A regulação legislativa, atualmente, do mercado de *third-party funding* é pequena, ainda mais no que se refere a um dever de revelação.²⁶⁶ Há, porém, dois exemplos

[S.L.]: Thomson Reuters, 2009, p. 67). Rofers destaca que, apesar da definição da IBA, os termos *affiliate* e *group of companies* são jargões utilizados em diversas jurisdições, mas que nem sem pre apresentam a mesma definição ou aplicação (ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration**. [S.L.]: Oxford University Press, 2014, p. 205).

²⁶³ “24. *For the scope of disclosures, an arbitrator will be considered as bearing the identity of his or her law firm, and a legal entity will include its affiliates. In addressing possible objections to confirmation or challenges, the Court will consider the activities of the arbitrator’s law firm and the relationship of the law firm with the arbitrator in each individual case*” (tradução livre: “Para fins de revelação, um árbitro carregará a identidade de seu escritório, e uma entidade legal carregará a de sua afiliada. Em resposta à possíveis objeções de confirmação e impugnação, a Corte irá considerar as atividades do escritório do árbitro e das relações do escritório com cada árbitro no caso a caso”) (ICC. **Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration**. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>>. Acessado em: 13 jul. 2018).

²⁶⁴ “24. [...] *Arbitrators should in each case consider disclosing relationships with another arbitrator or counsel who is a member of the same barristers’ chambers. Relationships between arbitrators, as well as relationships with any entity having a direct economic interest in the dispute or an obligation to indemnify a party for the award, should also be considered in the circumstances of each case*” (tradução livre: “Árbitro devem em cada caso considerar revelar relações com outro árbitro ou com o advogado que é membro do mesmo escritório. Relações entre árbitros, assim como relações com qualquer entidade que detenha um direto interesse econômico na disputa ou uma obrigação de indenizar a parte em razão da sentença, deve”) (*Ibidem*).

²⁶⁵ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 14; GOLDSMITH, Aren; MELCHIONDA, Lorenzo. **The ICC’s Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction**. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/>>. Acessado em: 13 jul. 2018, p. 2.

²⁶⁶ ICCA & QUEEN-MARY. *Op.cit.*, p. 102; conferir ainda, por todos, FRIEL, Steven; BARNES, Jonathan (editors). **Litigation Funding**. Getting the Deal Through & Woodford Litigation. London. 2018. Disponível em: <<https://gettingthedealthrough.com/area/94/litigation-funding/>>. Acessado em: 30 Out. 2018.

mundialmente conhecidos: (3.3.1) Singapura e (3.3.2) Hong Kong, que recentemente revogaram leis que proibiam a prática do *third-party funding* em arbitragens e procedimento relacionadas. Desde logo, registre-se que, em ambas as jurisdições, instituiu-se um dever de revelar a existência e a identidade do *third-party funder*.

3.3.1 Singapura

Em 24 de fevereiro de 2017, o parlamento de Singapura publicou o *Civil Law Amendment Act n. 2 of 2017*, que reformou os §§ 5A e 5B do Código Civil do país e alterou o § 107 do *Legal Profession Act*.²⁶⁷

A alteração legislativa, primeiramente, veio para revogar a responsabilidade, enquadrada na doutrina de *champerty* e *maintenance*, daquele que praticava a atividade de *third-party funding* e correlatas no âmbito, especificamente, da arbitragem.²⁶⁸ Dessa forma, anote-se que, além de se permanecer vedado a prática de honorários de êxito ou qualquer forma de vinculação da prática de serviços advocatícios ao resultado da demanda da parte,²⁶⁹ advogados em Singapura ainda continuam sujeitos às leis internas de *maintenance* e *champerty*.²⁷⁰

Excluiu-se expressamente a vedação de celebração contrato de financiamento de disputas.²⁷¹ Ao passo que a Lei, entretanto, menciona *dispute resolution proceedings*, o que se percebe é que os procedimentos que se está referindo, em verdade, são aqueles estritamente vinculados à procedimentos arbitrais internacionais e correlatos.²⁷² Não se pode falar que o

²⁶⁷ SINGAPORE. **Civil Law Amendment Act n. 2 of 2017**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/2-2017/Published/20170224?DocDate=20170224>>. Acessado em: 14 jul. 2018.

²⁶⁸ Art. 170 (3A) (SINGAPORE. **Legal Profession Act**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/Act/LPA1966#legis>>. Acessado em: 14 jul. 2018). Art. 5^a (1) (SINGAPORE. **Civil Law Amendment Act n. 2 of 2017**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/2-2017/Published/20170224?DocDate=20170224>>. Acessado em: 14 jul. 2018).

²⁶⁹ §107 (1) (SINGAPORE. **Legal Profession Act**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/Act/LPA1966#legis>>. Acessado em: 14 jul. 2018).

²⁷⁰ § 107 (3) (*Ibidem*).

²⁷¹ “§ 5B (2) *A contract under which a qualifying Third-Party Funder provides funds to any party for the purpose of funding all or part of the costs of that party in prescribed dispute resolution proceedings is not contrary to public policy or otherwise illegal by reason that it is a contract for maintenance or champerty*” (tradução: “Um contrato no qual um qualificado *third-party funder* realizada um financiamento para qualquer das partes de todos ou parte dos custos de determinados procedimento de resolução de disputas não é contrário à ordem pública ou de outra forma ilegal por razões de ser um contrato para a prática de *maintenance* e *champerty*”) (SINGAPORE. **Civil Law Amendment Act n. 2 of 2017**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/2-2017/Published/20170224?DocDate=20170224>>. Acessado em: 14 jul. 2018).

²⁷² § 3 (SINGAPORE. **Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/SL-Supp/S68-2017/Published/20170224?DocDate=20170224>>. Acessado em: 14 jul. 2018).

fenômeno do *third-party funding* foi completamente permitido em Singapura. Porém, nos procedimentos aplicáveis, suprimiu-se a própria responsabilidade ética do advogado: (i) de indicar aos clientes *third-party funders* – desde que o advogado não seja remunerado ou receba qualquer contraprestação, comissão ou valores por essa indicação;²⁷³ (ii) de negociar, aconselhar ou desenhar contratos de financiamento; e (iii) de representar o cliente em qualquer disputa envolvendo *third-party funding*.²⁷⁴

A respeito da regulação estabelecida em 2017, o governo de Singapura desenvolveu o conceito de *qualifying third-party funder* para denominar aquele *third-party funder* que satisfaz e continua a satisfazer certas características e requisitos prescritos legalmente.²⁷⁵ Caso esse *qualifying third-party funder* deixe de preencher um dos requisitos, as disposições contratuais do contrato de financiamento que conferem alguma vantagem ou direito ao *third-party funder* não serão executáveis, quer seja em procedimento judicial ou arbitral – resguardado o direito ao contraditório do *third-party funder*. Por outro lado, a desqualificação do *third-party funder* não serve como exceção ao exercício do direito contratuais da parte financiada.²⁷⁶

Em complemento à legislação promulgada, em 01 de março de 2017, o legislativo de Singapura promulgou Lei que regulamentou as disposições referentes ao *third-party funding* constantes no Código Civil do país.²⁷⁷ Neste diploma regulamentador, estabeleceu-se os seguintes requisitos para se considerar um *third-party funder* como qualificado (*qualifying third-party funder*):

- (a) *the Third-Party Funder carries on the principal business, in Singapore or elsewhere, of the funding of the costs of dispute resolution proceedings to which the Third-Party Funder is not a party;*
- (b) *the Third-Party Funder has a paid-up share capital of not less than \$5 million or the equivalent amount in foreign currency or not less than \$5 million or the equivalent amount in foreign currency in managed assets.*²⁷⁸

²⁷³ Similar disposição no § 49B (1) e (2) do SINGAPORE. **Legal Profession (Professional Conduct) Act**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/Act/LPA1966#legis>>. Acessado em: 14 jul. 2018.

²⁷⁴ § 107 (SINGAPORE. **Legal Profession Act**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/Act/LPA1966#legis>>. Acessado em: 14 jul. 2018); Art. 3 (SINGAPORE. **Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/SL-Supp/S68-2017/Published/20170224?DocDate=20170224>>. Acessado em: 14 jul. 2018).

²⁷⁵ §§ (8)(a) e (10) (SINGAPORE. **Civil Law Amendment Act n. 2 of 2017**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/2-2017/Published/20170224?DocDate=20170224>>. Acessado em: 14 jul. 2018).

²⁷⁶ § 5B (4) a (7) (*Ibidem*).

²⁷⁷ SINGAPORE. **Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/SL-Supp/S68-2017/Published/20170224?DocDate=20170224>>. Acessado em: 14 jul. 2018.

²⁷⁸ Tradução livre: “§ 4. (a) o *Third-Party Funder* pratica como principal atividade empresarial, em Singapura ou em outro lugar, a realização de financiamentos de custos de procedimentos de resolução de disputas dos quais o

Desses dos requisitos, cabe salientar dois elementos: primeiro, *third-party funder*, em Singapura, além de só ser admitido em sede de arbitragem, deve ser uma entidade especializada no ramo de prover fundos para financiar disputas; e, segundo, a regulação prevê o que se chama de *capital adequacy*, isto é, um patamar de capital mínimo que, no caso, uma dada entidade deve deter para praticar a atividade de *third-party funding*. Nesse sentido, a legislação de Singapura conceitua *third-party funder* de forma restrita, nos seguintes termos:

“*Third-Party Funder*” means a person who carries on the business of funding all or part of the costs of dispute resolution proceedings to which the person is not a party.²⁷⁹

Os diplomas legislativos até aqui analisados em nada tratam da revelação do *third-party funding*. No mesmo dia da Lei regulamentadora das disposições do *third-party funding* constante no alterado Código Civil de Singapura, em 01 de março de 2017, o *Legal Profession (Professional Conduct) Act 2015* foi alterado,²⁸⁰ incluindo dentro de suas alterações um regramento do *third-party funding* e sobre sua revelação.²⁸¹ Atente-se, portanto, que em Singapura a revelação do *third-party funding* é imposta na Lei que regula a atividade profissional dos advogados, e não no Código Civil ou na Lei regulamentadora do *third-party funding*. Por outro lado, aquele que carrega o ônus de revelar o *third-party funding* não é a parte, mas sim o advogado.

49A. (1) *When conducting any dispute resolution proceedings before a court or tribunal, a legal practitioner must disclose to the court or tribunal, and to every other party to those proceedings*
 (a) *the existence of any third-party funding contract related to the costs of those proceedings; and*
 (b) *the identity and address of any Third-Party Funder involved in funding the costs of those proceedings.*²⁸²

Third-Party Funder não é uma parte; (b) o *Third-Party Funder* possui um capital social não inferior à \$ 5 milhões ou o equivalente em moeda estrangeira ou não menos do que \$ 5 milhões ou o equivalente em moeda estrangeira em ativos administrados” (SINGAPORE. **Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/SL-Supp/S68-2017/Published/20170224?DocDate=20170224>>. Acessado em: 14 jul. 2018).

²⁷⁹ Tradução livre: “§ 5 (10). ‘Third-Party Funder’ significa uma pessoa que pratica como principal atividade empresarial a realização de financiamentos de custos de procedimentos de resolução de disputas dos quais não é uma parte” (*Ibidem*).

²⁸⁰ SINGAPORE. **Legal Profession (Professional Conduct) Act 2015**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/SL/LPA1966-S706-2015>>. Acessado em: 14 jul. 2018.

²⁸¹ *Part 5A Rules Applicable to Third-Party Funding* (a lei reformadora foi a SINGAPORE. **Legal Profession (Professional Conduct) (Amendment) Rules 2017**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/SL-Supp/S69-2017/Published/20170224?DocDate=20170224>>. Acessado em: 14 jul. 2018).

²⁸² Tradução livre: “Na condução de qualquer procedimento de resolução de disputas perante uma corte ou tribunal, um representante legal deve revelar para a corte ou tribunal, e para todas as demais partes no procedimento:

Nos termos do art. 49A. (1), o advogado passa a ter o dever legal de revelar ao tribunal, judicial ou arbitral, e para as demais partes do procedimento: (i) a existência de um contrato de financiamento dos custos envolvendo aquele procedimento, e (ii) a identidade e o endereço do *third-party funder* que realiza o financiamento. Esta revelação deve, ainda, ser realizada no início do procedimento ou no momento seguinte à contratação do *third-party funding*.

O art. 49B. (1) revela, mesmo em face das citadas alterações legislativas, os resquícios da aplicação da doutrina de *champerty* e *maintenance*. Segundo esse dispositivo, os advogados não podem, direta ou indiretamente, ter direitos sobre *third-party funders* i. que indiquem ou referenciem à clientes em relação à uma disputa na qual são patronos daqueles ou ii. que seu cliente tenha firmado um contrato de financiamento. Além disso, é vedado o recebimento de bônus ou comissões pelos advogados de *third-party funders*.²⁸³

3.3.2 Hong Kong

Hong Kong sofreu influência do sistema jurídico da *common law* do Reino Unido, vedando a prática de financiamento de litígios por aplicação das doutrinas de *maintenance* e *champerty*, salvo em três situações: i. quando o terceiro mostrar legítimo interesse no resultado da lide; ii. quando a Corte for convencida de que a parte deve recorrer ao terceiro financiador como forma de ter acesso à justiça; iii. em procedimentos envolvendo insolvência.²⁸⁴

Recentemente, o país adotou um posicionamento legislativo parecido ao de Singapura, através da *Ordinance* n. 6 de 2017, que alterou a *Arbitration and Mediation Legislation Act*, e da mesma forma exclui a aplicação das doutrinas de *maintenance* e *champerty* para a prática de *third-party funding* em arbitragens e mediações.²⁸⁵ A lei elaborada por Hong Kong, ao nosso ver, é mais precisa e detalhada em seus termos.

(a) a existência de qualquer contrato de financiamento relativo aos custos do procedimento; e (b) a identidade e o endereço de qualquer *third-party funder* envolvido no financiamento dos custos do procedimento” (*Ibidem*).

²⁸³ Art. 49B. (1) (SINGAPORE. **Legal Profession (Professional Conduct) (Amendment) Rules 2017**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/SL-Supp/S69-2017/Published/20170224?DocDate=20170224>>. Acessado em: 14 jul. 2018).

²⁸⁴ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional**. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 79.

²⁸⁵ §§ 98E e 98K (HONG KONG. **Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017**. Disponível em: <<https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>>. Acessado em: 14 jul. 2018).

Esse novo regramento, interessadamente, já prevê a possibilidade de criação de um “código de práticas” por uma comissão (*authorized body*) formada por integrantes indicados pelo Secretário de Justiça do país.²⁸⁶ As disposições desse código, que não serão subsidiárias à legislação, poderão impor a *third-party funders* a garantia de que: 1. a publicidade referente à seus serviços será clara e não enganosa; 2. os contratos de financiamento estabeleceram suas características principais, riscos e condições, incluindo *i.* o nível de controle do *third-party funder* sobre a condução do caso, *ii.* se o *third-party funder* será, em qualquer nível, responsável por *adverse costs*, *security for costs*, condenações e pagamento de prêmios à segurados, e *iii.* as cláusulas terminativas do contrato; 3. os representantes legais das partes serão independentes quanto à análise do contrato de financiamento; 4. fornecerão à parte financiada o nome e o contrato dos intergantes de eventual comissão interna da empresa; e) detêm um capital mínimo suficiente; 5. possuem efetivos procedimento para combater potenciais conflitos de interesses; 6. possuem procedimentos e garantias às partes financiadas quanto à eventuais reclamações destas; além de outras exigências.²⁸⁷

Ademais, a regulamentação dispõe que o não *compliance* com as provisões do código de práticas não ensejam, *per se*, em responsabilização dos *third-party funders* – porém o fato pode ser considerado como evidência em procedimento judiciais e arbitrais.²⁸⁸

A par disso, firmado o contrato de financiamento, a parte financiada deve comunicar, para o Tribunal e demais parte, por escrito, no início do procedimento ou em 15 dias após a celebração do contrato, caso o procedimento já tenha se iniciado, (i) a existência da relação e (ii) a identidade do *third-party funder*. Incumbe a parte, ainda, o dever de informar o fim do contrato de financiamento, caso este se dê antes do fim do procedimento.²⁸⁹ Registre-se, que a não revelação não implicará qualquer responsabilização da parte, todavia, poderá ser considerada em questões levantadas em procedimento judicial ou arbitral.²⁹⁰

Ou seja, atualmente, em Hong Kong há um dever legal de revelação imposto à parte, não só da existência e identidade do *funder*, mas também no caso de encerramento antecipado do contrato – sem, contudo, existir cominação de são pelo descumprimento deste dever.

²⁸⁶ § 98P (HONG KONG. **Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017**. Disponível em: <<https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>>. Acessado em: 14 jul. 2018).

²⁸⁷ § 98Q (1) (*Ibidem*).

²⁸⁸ § 98S (*Ibidem*).

²⁸⁹ §§ 98U e 98V (*Ibidem*).

²⁹⁰ § 98W (*Ibidem*).

3.4 CONCLUSÃO PARCIAL: INEXISTÊNCIA DE UNIFORMIDADE QUANTO À UM DEVER GERAL DE REVELAÇÃO DO *THIRD-PARTY FUNDING*

A partir da pesquisa realizada por este trabalho, verifica-se que não existe uma uniformidade quanto ao tratamento do *third-party funding*, quiçá no que diz respeito especificamente à um dever geral de sua revelação.

A regulação do *third-party funding* é incipiente, porém, ao que o cenário indica, o crescimento de regramentos a respeito é exponencial. Atualmente, alguns Estados já contam com regulações do *third-party funding* enquanto outros consideram sua elaboração.²⁹¹

Independetemente da sua regulação, ao nosso ver, atualmente, não se pode afirmar que não existência uma tendência a se revelar o *third-party funding*. Como reconhecem os próprios membros do ICCA-*Queen Mary Task force*, uma vez que a existência de *third-party funders* em procedimentos de arbitragem internacional pode criar um potencial conflito de interesses dos árbitros, o conhecimento da existência e identidade do *third-party funder* é a melhor forma para se avaliar possíveis conflitos de interesses.²⁹² Assim, a revelação é reconhecida como o mecanismo mais apto a elidir o superveniente e tardio conflito de interesses

²⁹¹ NAMIC (NATIONAL ASSOCIATION OF MUTUAL INSURANCE COMPANIES). **Third-Party Litigation Funding**: Tipping the Scales of Justice for Profit. (2011). Disponível em: <https://www.namic.org/pdf/publicpolicy/1106_thirdPartyLitigation.pdf>. Acessado em: 09 Mar. 2018, p. 1. A legislação brasileira não prever qualquer regulamentação para o *third-party funding*. (CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros**: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 18.) Por outro lado, o *EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), um tratado internacional, além de prever uma definição ampla de *third-party funding*, no art. 8.1, estabelece, no art. 8.26, o dever de revelação da identidade o endereço do *third-party funder*, ou no momento da primeira manifestação no procedimento ou, se já iniciado, logo após a conclusão do acordo de financiamento (EU COUNCIL. **EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement** (CETA). Disponível em: <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/en/pdf>>. Acessado em: 05 Ago. 2018). Nesse sentido, alinha-se ao posicionamento de somente se requerer a revelação do contrato de financiamento, se houver, em caso deste ser um problema para a resolução da disputa.²⁹¹ Com similares disposições, a proposta do do texto do *Transatlantic Trade and Investment Partnership* prevê, no art. 8, o dever de revelação nos mesmos moldes (EU COMMISSION. **Transatlantic Trade and Investment Partnership**. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf>. Acessado em: 05 Ago. 2018). Para Ferro, não se faz necessária lei ou *soft law* para regular as questões envolvendo o *third-party funding* e os possíveis conflitos de interesses com os árbitros. No seu entender a comunidade arbitralista desenvolverá as barreiras para elidir possíveis abusos decorrentes das formas de financiamento (FERRO, Marcelo Roberto. **O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro**. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 117).

²⁹² ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 14

dos árbitros. O que não é pacífico é a instituição de um dever geral de revelação, bem como a forma que esse dever seria cumprido. Sobre isso, esse trabalho se debruçará no capítulo 4.

Registre-se que, apesar de serem indesejáveis regulações altamente intrusivas das relações privadas, instituições jurídicas bem desenhadas conferem maior segurança jurídica e estabilidade às transações e operações comerciais, reduzindo custos de transação. Veja-se que, como destacado no início desta dissertação, a arbitragem é somente eleita como um fórum privilegiado entre partes sofisticadas por força da sua capacidade de desenvolver um ambiente de incentivos ao adimplemento contratual. Qualquer fragilidade na expectativa do cumprimento das obrigações e exibibilidade de transações, macula a respeitabilidade e o próprio instituto da arbitragem.²⁹³

²⁹³ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem Comercial Financiada por Terceiros**: Um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Escola de Direito. Curitiba. 2017, p. 25.

4 REVELAÇÃO DO *THIRD-PARTY FUNDING* E CONFLITO DE INTERESSES DOS ÁRBITROS

O *third-party funding* é um recurso a capital de terceiro estranho à demanda para financiar um procedimento de solução de disputas. Como já se destacou, essa atividade pode suscitar questões processuais, inclusive possíveis conflitos de interesses dos árbitros, que, via de regra, são prevenidos e combatidos através do dever de revelação.²⁹⁴ Assim, aprofundando a questão da revelação do *third-party funding*, o presente capítulo objetivará, principalmente, apresentar (4.1) as razões pelas quais se deve instituir um dever geral de revelação do *third-party funding*. Em sequência, concluindo-se pela imprescindibilidade e necessidade de instituição de tal dever na arbitragem internacional comercial, identifica-se (4.2) sobre quem paira o ônus de revelar; (4.3) o momento que se deve realizar a revelação; (4.4) o sujeito passivo do dever de revelar (4.5) e a extensão da revelação. Por fim, se discute as possíveis (4.6) consequências do descumprimento de um dever geral de revelar.

4.1 DEVER GERAL DE REVELAÇÃO DO *THIRD-PARTY FUNDING*

Certo de que possíveis conflitos de interesses dos árbitros podem existir ou, ao menos, serem suscitados, cumpre-se ponderar: seria razoável instituir um dever geral de revelação do *third-party funding*? Trata-se de questão ainda não pacífica.²⁹⁵ A literatura e os profissionais que atuam na arbitragem internacional, assim, apresentam (4.1.1) teses contrárias e (4.1.2) favoráveis à instituição de um dever geral de revelação do *third-party funding*. Apesar do dissenso, chega-se a conclusão da razoabilidade e necessidade da instituição de um dever geral de revelação do *third-party funding* (4.1.3).

4.1.1 Teses Contrárias à Instituição de um Dever Geral de Revelação do *Third-Party Funding*

²⁹⁴ “*The presence of a funder can undeniably harm the independence of arbitrators and result in conflicts of interest*” (tradução livre: “A presença de um financiador pode inegavelmente ferir a independência dos árbitros e resultar em um conflito de interesses”) (BOULLE, Thibault De. “**Third-Party Funding**” in **International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 71).

²⁹⁵ MANIRUZZAMAN, Munir. *Third-Party Funding in International Arbitration – A Menace or Panacea?* In **Kluwer Arbitration Blog**. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/12/29/third-party-funding-in-international-arbitration-a-menace-or-panacea/?print=print>>. Acessado em: 11 fev. 2018, p. 2.

Na literatura especializada é possível encontrar aqueles que entendem não ser necessário alterar as regras e parâmetros atualmente existentes quanto à revelação do *third-party funding*.

Nesta linha, Goeler é do posicionamento de que a simples existência de um *third-party funding* não é suficiente para justificar a instituição de um dever geral de revelação da estrutura financeira da parte. Segundo o autor, pois, é preferível a manutenção das atuais regras e práticas internacionais, que, por si, já assegurariam regimes de revelação adequados.²⁹⁶ A lógica, entretanto, por detrás do posicionamento de Goeler seria que não se deve estabelecer uma regra ou uma prática unicamente a partir da possibilidade ou probabilidade de existência de conflitos de interesses do árbitro, de corrupção ou de outra questão do procedimento – ainda mais por tais circunstâncias não serem a regra.²⁹⁷

Lévy e Bonnan também afirmam não ser de interesse dos árbitros os acordos privados de financiamento, que, via de regra, inclusive, preveem cláusulas de confidencialidade. Assim, a revelação, para os autores, ao invés de ser um benefício, pode ser um caminho para tumultos processuais indesejáveis. Por esta ótica, a revelação caracterizar-se-ia muito mais como uma distração da atenção do problema principal do procedimento, isto é, da resolução material do mérito, para questões procedimentais.²⁹⁸ Stephen Bond, afirma também que, apesar de resolver certas questões, a revelação traz à baile outras discussões que poderiam ser evitadas.²⁹⁹

Anote-se ainda que já se sustentou que a revelação do *third-party funder* deveria ser subjugada à presença de um patamar mínimo de interesse ou controle na demanda por esse terceiro. Rogers, entretanto, entende que, diferentemente de um investidor, que adquire ações

²⁹⁶ GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure**. 1ª ed. [S.L.]: Kluwer Law International, 2016, p. 32; Rogers, ao seu turno, critica este posicionamento por considerá-lo uma simplificação excessiva do problema (ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration**. [S.L.]: Oxford University Press, 2014, p. 202).

²⁹⁷ Por outro lado, é justamente pela possibilidade em abstrato da existência de conflitos de interesses que autores defendem a necessidade de revelação desde o começo do procedimento (SCHERER, Maxi. *Third-Party Funding in International Arbitration. Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements?* In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC, Volume 10**. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 97).

²⁹⁸ ROSS, Alison. **The Dynamics of Third-Party Funding III**. (2012). Disponível em: <<https://fulbrookmanagement.com/the-dynamics-of-third-party-funding-iii/>>. Acessado em: 03 Mar. 2018, p. 5.

²⁹⁹ “*For those reasons, I don’t see that disclosure alleviates all the concerns associated with conflicts*” [...] “*Mandatory disclosure of funding agreements may help resolve certain issues, but it raises others*” (tradução livre: “Por essas razões, eu não vejo que a revelação minimize todas as preocupações associadas com conflitos” [...] “A revelação obrigatória do contrato de financiamento pode ajudar a resolver certos problemas, mas cria outros”) (*ibidem*, p. 9).

ou quotas sociais, a concentração dos interesses do *third-party funder* em uma demanda específica é muito mais intensa. Até mesmo como já discutimos no item 1.5.3.1, no caso concreto pode ser difícil, *e.g.*, diferenciar um interesse direto de um indireto, ou se um interesse indireto teria sempre menos valor quando comparado com um interesse direto. Ao fim, entendemos ser esse critério uma valoração do nível de interesse inapropriado para se ponderar a necessidade ou não de se instituir um dever geral de revelação.³⁰⁰

Alguns autores já chegam a defender a não revelação do *third-party funder* como forma de elidir o conhecimento do árbitro, o que, ao fim, impossibilitaria a configuração de conflitos de interesses. Este posicionamento foi, entretanto, expressamente rechaçado pelo ICCA-Queen Mary Task Force, tendo-se em vista as consequências deletérias da superveniente descoberta. Isto é, o desnudamento posterior de eventual vínculo pode ensejar a necessidade de retirada do árbitro do Tribunal ou, na pior das hipóteses, na anulação ou no não reconhecimento da sentença arbitral em razão de conflitos de interesses e violação da ordem pública interna do país no qual se buscaria o reconhecimento e execução da sentença.³⁰¹

Apesar disso, até mesmo esses autores e praticantes, que adotam um posicionamento contrário à instituição de um dever geral de revelar, ressalvam a possibilidade de existir situações que implique no legítimo interesse de se revelar o *third-party funding* – na medida necessária à garantia de um justo procedimento.³⁰² O que se percebe, portanto, é que, apesar das controvérsias, a revelação far-se-ia necessária em face de certos problemas – mormente em face daqueles envolvendo conflitos de interesses dos árbitros.³⁰³

³⁰⁰ ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration**. [S.L.]: Oxford University Press, 2014, p. 204.

³⁰¹ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 112.

³⁰² LÉVY, Laurent; BONNAN, Regis. Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 79 e 81.

³⁰³ Apesar de Goeler entender ser preferível a manutenção das atuais regras e sistemas, o autor expressa ser a revelação necessária em face de certas circunstâncias: “*disclosure ought to be possible to the extent necessary to prosecute or defend the arbitration, to protect party’s lawful interests, or to persons exercising monitoring and advisory functions with regard to the arbitration*” (tradução livre: “revelação deve ser possível na extensão necessária à persecução ou defesa da arbitragem, para proteger legítimos interesses da parte, ou para pessoas que exercem monitoramento ou aconselhamento sobre e quanto à arbitragem”) (GOELER, Jonas von. Show me your case and I’ll show you the money - How to balance conflicts between Third-party Funding and Confidentiality in Arbitration Proceedings. **Kluwer Arbitration Blog**. 2016. Available at: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/07/21/show-case-ill-show-money-balance-conflicts-third-party-funding-aand-confidentiality-iin-arbitration-proceedings/>>. Accessed: Feb 11 2018).

4.1.2 Teses Favoráveis à Instituição de um Dever Geral de Revelação do *Third-Party Funding*

A grande maioria da literatura indica a necessidade, tanto pelo demandante como pelo demandado, de realizar tal revelação.³⁰⁴ De fato, trata-se de um procedimento importante para se elidir possíveis conflitos de interesses e manter a independência e imparcialidade dos árbitros antes e durante todo o procedimento.³⁰⁵

A realização de revelações pelo árbitro ou pela parte, entretanto, não expressa, por si só, a existência de conflitos de interesses. Pelo contrário, a finalidade é a de informar as partes e ao Tribunal de certas situações para que estes avaliem objetivamente a existência, ou não, de dúvidas razoáveis – ou mesmo em um perigo de dúvida – sobre a independência e imparcialidade do árbitro.³⁰⁶ Note-se ainda que é mais relevante a revelação do *third-party funding* em procedimentos arbitrais em comparação aos judiciais: a variedade e quantidade de relações que o agente de mercado árbitro trava é consideravelmente maior do que aquelas de um juiz togado.³⁰⁷ Além disso, árbitros são muitas vezes advogados, que podem atuar em conjunto com *third-party funders* ao patrocinarem as causas de clientes.³⁰⁸ Por isso, Rogers e

³⁰⁴ TEXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. **O Financiamento da Arbitragem por Terceiros e o Dever de Revelação.** (2016). Disponível em: <<http://www.cbar.org.br/blog/artigos/o-financiamento-da-arbitragem-por-terceiros-e-o-dever-de-revelacao>>. Acessado em: 21 Mar. 2018; TRUSZ, Jennifer A. Full Disclosure? Conflict of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. *In The Georgetown Law Journal*. Vol 101. 2013. Disponível em: <<https://georgetownlawjournal.org/articles/111/full-disclosure-conflicts-of>>. Acessado em: 18 Ago. 2018, p. 1675.

³⁰⁵ BOULLE, Thibault De. **“Third-Party Funding” in International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 61.

³⁰⁶ “*Disclosure does not imply the existence of a conflict of interest; nor should it by itself result either in a disqualification of the arbitrator, or in a presumption regarding disqualification*” (tradução livre: “revelação não implica na existência de conflitos de interesses; nem deve por si mesma resultar na desqualificação do árbitro, ou em uma presunção quanto a desqualificação”) (IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.** (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018, p. 18).

³⁰⁷ NIEUWVELD, Lisa Bench. **To Disclose or To Not Disclose. That Is the Question.** Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/04/17/to-disclose-or-to-not-disclose-that-is-the-question/>>. Acessado em: 19 Ago. 2018, p. 1.

³⁰⁸ “*this concern is especially fitting for international arbitration, considering that counsel and arbitrators are often drawn from essentially the same pool*” (tradução livre: “a preocupação é especialmente adequada para a arbitragem internacional, considerando que advogados e árbitros frequentemente veem essencialmente de um mesmo nicho”) (BOULLE, Thibault De. *Op. cit. Loc. cit.*).

Trusz entendem que as atuais regras não enfrentam de forma adequada os problemas originados a partir da participação do *third-party funder* em procedimentos arbitrais.³⁰⁹

Cumpre-se destacar, dessa forma, as razões pelas quais se faz necessário instituir um dever geral de revelação do *third-party funding*, mormente no que tange a imprescindibilidade de um (4.1.2.1) tratamento justo entre as partes, especialmente através da (4.1.2.2) manutenção da independência e imparcialidade dos árbitros – privilegiando, ao fim, o (4.1.2.3) princípio da boa-fé processual.

4.1.2.1 Tratamento Justo

Para se avaliar a prudência e a necessidade de se implementar tal dever, é imperioso se descortinar o propósito último de um procedimento de solução de disputas, ou seja, a razão de existir uma concatenação de etapas para se chegar a uma decisão. Certamente cada jurisdição apresenta certos alicerces normativos (*normative foundations*), favorecendo alguns valores em detrimento de outros (*distinctive tiers of values*) – o que, de fato, implica em diferentes concepções sobre a razão de ser de um procedimento.

Independentemente do alicerce normativo, via de regra, um procedimento de solução de disputas e de aplicação de sanções busca a materialização do que se venha a entender por justiça em cada tipo de sociedade. É possível se afirmar que a justiça processual (*procedure fairness*) é um parâmetro que, via de regra, a maioria dos ordenamentos democráticos estabelece para que um procedimento, judicial, administrativo ou arbitral, seja considerado válido.

Na obra *Due Process and Fair Procedures*, Gailligan apresenta a seguinte explicação sobre *procedure fairness*:

The concept of procedural fairness can be expressed in this way. First, legal procedure are fair procedures to the extent that they lead to or constitute fair treatment of the person or persons affected. Secondly, within each type of legal process, there are authoritative standards based on the tiers of values relevant to that process which constitute the standards of fair treatment, so that as person treated in accordance with them is treated fairly. Thirdly, the basis of such treatment being fair treatment is the promise of society as a whole to each of its member that they will be treated in that way. The concept of procedure fairness consists in relationship between procedures, fair treatment, and authoritative standards. Society will differ in

³⁰⁹ ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration**. [S.L.]: Oxford University Press, 2014, p. 201; TRUSZ, Jennifer A. Full Disclosure? Conflict of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. In **The Georgetown Law Journal**. Vol 101. 2013. Disponível em: <<https://georgetownlawjournal.org/articles/111/full-disclosure-conflicts-of>>. Acessado em: 18 Ago. 2018, p. 1682.

*their conceptions of procedure fairness, which is to say that both the standards of fair treatment and the procedures considered most suitable for applying them will be different.*³¹⁰

Nesta primeira explicação, Gailligan explica o intuito justificando sua razão de ser no próprio sistema de normas. Em síntese, o conceito de *procedure fairness*, nesta perspectiva, retrata: (i) um tratamento justo das partes e dos envolvidos através (ii) da devida aplicação de normas cogentes regentes daquele procedimento, conferindo (iii) isonomia na aplicação do direito perante os membros da sociedade. Por esta lógica, a realização da justiça no processo está intimamente ligada ao tratamento justo da parte através da devida aplicação da Lei, cujo os parâmetros, como destacado por Gailligan, irão variar de acordo com cada sociedade.

À luz dessa noção de *procedure fairness*, uma primeira condição para se adjetivar um procedimento como justo é a constatação de que, em um dado processo, subjugado a uma determinada ordem jurídica, houve a devida e correta aplicação dos parâmetros estabelecidos do que seja um tratamento justo naquela dada ordem jurídica. Essa racionalidade de justiça está muito atada à exigência decorrente do princípio do tratamento coerente (*principle of consistente treatemet*), através do qual se impõe que cada pessoa seja tratada de acordo com o critério sistematicamente aplicado nos casos anteriormente já decididos.³¹¹

Com base no pensamento de Gailligan, pode-se afirmar que procedimento é um instrumento para se realizar um tratamento justo através da aplicação de parâmetros e critérios legais determinados pela ordem jurídica aplicável a uma dada relação jurídica. Em outras palavras, “*procedures are the means by which standards of fair treatment are applied in legal process; procedures are instrumental to fair treatment and the claim for any particular proceudere is contingent on its serving that end*”.³¹²

³¹⁰ Tradução livre: “O conceito de justiça processual pode ser expresso da seguinte maneira. Primeiramente, procedimentos legais são procedimentos justos na extensão que eles implicam ou constituem um tratamento justo da pessoa ou pessoas afetadas. Segundamente, dentro de cada tipo de processo legal, existem normas cogentes baseadas no nível de relevância do valor para aquele processo que constitui um patamar de tratamento justo. Terceiramente, a base para tal tratamento ser justo é o compromisso com a sociedade como um todo para cada um de seus membros de que eles serão tratados dessa maneira. O conceito de justiça processual consiste na relação entre processo, tratamento justo e normas cogentes. As sociedades irão divergir quanto aos seus conceitos de justiça processual, o que quer dizer que os patamares de um tratamento justo e de um procedimento mais adaptável a ser aplicado serão diferentes” (GALLIGAN, D. J. **Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures**. New York: Oxford, 2004, p. 53).

³¹¹ “*The person whose case is dealt with according to authoritative standards is treated fairly, and procedures are fair to the degree that they bring about that result*” (tradução livre: “A pessoa cujo caso é tratado de acordo com as normas cogentes é tratada justamente, e procedimentos são justos na medida que eles implicam naquele resultado”) (*Ibidem*, p. 53-54).

³¹² Tradução livre: “procedimentos são os meios pelos quais patamares de tratamento justo são aplicados a processos legais; procedimentos são fundamentais para o tratamento justo e a reivindicação de qualquer

A justificativa de ser uma norma procedimental, portanto, reside na garantia de um procedimento justo, ou melhor, de um tratamento justo (*fair treatment*).³¹³ As premissas fixadas para esse devido tratamento são aqueles constantes em normas cogentes, que, ao fim, derivam de valores alçados ao patamar de valores jurídicos.³¹⁴ Este tratamento de acordo com a ordem jurídica, portanto, como mencionou Gailligan, em face do compromisso social, respeita ainda a própria expectativa legal (*normative expectations*) e confiança dos jurisdicionados no procedimento.

Aplicando essa racionalidade à discussão da revelação do *third-party funder*, em face da ausência de normas que imponham um dever geral de revelar, poder-se-ia incorrer na constatação que, por inexistir violação da ordem jurídica aplicada aquele procedimento, estar-se-ia conferindo um tratamento justo às partes por força da justa aplicação da Lei ao procedimento. Apesar do mérito dessa primeira explicação de *procedure fairness* proposta por Gailligan, por meio da qual se salvaguarda um devido processo legal formal, a aplicação dessa lógica à realidade não protege inteiramente o direito das partes à um tratamento justo. Como já reconhecido, a existência do *third-party funding* pode implicar em conflitos de interesses dos árbitros. Não se procedendo a revelação de, pelos menos, a participação e a identidade desse *third-party funder*, põe-se em risco a higidez do procedimento e faculta-se a realização de um procedimento por um árbitro materialmente impedido. A aplicação meramente do aspecto formal de *procedure fairness* não confere, efetivamente um tratamento justo às partes.

Para se extrair um dever geral de revelação do *third-party funding* de uma ordem jurídica é necessário se estudar tanto os direitos e princípios últimos untados em cartas constitucionais, legislações locais ou regulamentos, como os valores sociais de dada sociedade. Acrescenta-se que, atualmente, já se procede uma leitura ainda mais abrangente dos direitos que devem ser garantido às partes em um procedimento de resolução de disputas, através da aplicação, *e.g.*, dos direitos humanos processuais ao procedimento arbitral.³¹⁵ Nesse sentido,

procedimento em particular é contingente” (GALLIGAN, D. J. **Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures**. New York: Oxford, 2004, p. 54).

³¹³ *Ibidem*, p. 55.

³¹⁴ “*The standards of fair treatment in legal contexts are those authoritative legal standards which govern each form of process. Standards derive from values which, as we have seen, can be grouped loosely on tiers, where their inter-relationship can be complex*” (tradução livre: “Os patamares de tratamento justo em contextos legais são aquelas normas legais cogentes que governam cada forma de processo. Esses padrões derivam de valores que, como nós já vimos, podem ser agrupados livremente em camadas, nas quais sua interrelação pode ser complexa”) (*Ibidem, loc.cit.*).

³¹⁵ RINGQUIST, Fredrik. **Do procedure human rights apply to arbitration** – a study of article 6 (1) of the European Convention on Human rights and its bearing upon Arbitration. Master Thesis. University of Lund. Faculty of Law. 2005, p. 37 e *et.seq.*

Gailligan afirma que “*the more rational and defensible approach is to consider the commitment to law as one of a number of principles upon which normative expectations arise about how people will be treated*”.³¹⁶ Isto é, mesmo que não se perceba um dever “dentro da lei”, existem *standards* e valores fora desta que devem ser considerados.³¹⁷ Em suma, a mera aplicação da lei não subtrai a possibilidade de tratamentos injustos.

Neste diapasão, mesmo em um cenário de diversidade cultural,³¹⁸ certos parâmetros de tratamento já foram alçados como essenciais, quais sejam, aqueles baseados no princípio do respeito a pessoa e da salvaguarda dos direitos humanos. Esses *standards* e valores justificam a imposição de certos procedimentos.³¹⁹ Seja por parâmetros estabelecidos dentro da lei, seja por aqueles que pairam fora dela, a garantia de ser ouvido perpassa a necessidade de salvaguardar de um árbitro independente e imparcial. Não de outra forma, a imposição do procedimento de revelação o *third-party funding* se mostra em consonância e como uma decorrência desses valores legais.

Além disso, para que o procedimento tenha legitimidade é necessário que o jurisdicionado tenha confiança no mesmo, ainda mais em procedimentos arbitrais.³²⁰ O ganho de confiança e legitimidade em procedimentos arbitrais é assegurado e enaltecido com a preservação da independência e imparcialidade dos árbitros; e, dessa forma, o estabelecimento de procedimentos que enalteçam e diminuam as chances de erro é bem-vindo e necessário. A instituição de um dever geral de revelação do *third-party funding* não só garante um tratamento

³¹⁶ Tradução livre: “Uma abordagem mais racional e defensável é considerar o compromisso com a lei como um dos vários princípios sobre os quais as expectativas legais (*normative expectations*) surgem a respeito de como as pessoas serão tratadas” (GALLIGAN, D. J. **Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures**. New York: Oxford, 2004, p. 59).

³¹⁷ “*The normative expectations of a citizen, as to how he or she should be treated, draw on social principles which include but go beyond settled legal principles*” (tradução livre: “As expectativas legais (*normative expectations*) de um cidadão, de como ele ou ela devem ser tratados, descrevem princípios sociais que incluem mas vão além dos princípios legais consolidados”) [...] “*The implied undertaking to treat people according to the law is parte of a wider commitment to treat them justly or at least to avoid injustice*” (tradução livre: “o compromisso implícito de tratar as pessoas de acordo com a lei é parte de um maior compromisso de tratar elas justamente ou ao menos de evitar injustiças”) (*Ibidem*, p. 60 e 62).

³¹⁸ Galligan põs, *e.g.*, a discussão sobre qual seria o procedimento mais justo, o pautado no modelo inquisitorial ou adversarial. A real diferença entre ambos são os valores jurídicos escolhidos como relevantes e tutelados com maior ênfase. Todavia, nos dois modelos existe um passa-a-passa mínimo, com certas garantias, que asseguram o estabelecimento de um justo procedimento (*Ibidem, loc.cit.*).

³¹⁹ “*There is a direct and compelling relationship between respect for persons and certain procedures*” (tradução livre: “Existe uma relação direta e obrigatória entre o respeito às pessoas e certos procedimentos”). A respeito desses valores, Galligan traz a diferenciação entre valores de resultado (*outcome values*) e valores sem resultado (*non-outcome values*), afirmando que não se deve menosprezar a segunda categoria. *Ibidem*, p. 80.

³²⁰ “*confidence in the result is bolstered by employing procedures which reduce as far as possible the risk of error*” (“confiança no resultado reforçado através do emprego de procedimentos que reduzem na medida do possível o risco de erro”) (*Ibidem*, p. 68).

legal justo entre as partes, como também está alinhada com os direitos humanos. Dessa forma, a partir dos valores sociais e dos direitos humanos processuais, verifica-se a imposição de se instituir de dever geral de revelar o *third-party funding* como forma de se garantir um tratamento justo através da preservação e precaução da manutenção da independência e imparcialidade dos julgadores do procedimento arbitral.

Galligan, com razão, afirma que o direito de ser ouvido, isto é, o contraditório, baseia-se e muito na confiança da sociedade no procedimento – o que, indubitavelmente, perpassa a consciência coletiva a respeito da garantia de independência e imparcialidade do julgador – no caso, do árbitro (4.1.2.2). Essa expectativa e garantia legal, pois, é prevista em legislações,³²¹ regulamentos, *guidelines* e tratados internacionais, sendo que na arbitragem guarda uma importância singular, como se demonstrará no item seguinte.

4.1.2.2 Independência e Imparcialidade do Árbitro

A garantia de um tratamento justo envolve a necessidade de se assegurar que os julgadores não detenham vínculos com as partes (independência) e que sejam desinteressados na solução do conflito (imparcialidade).³²² Na arbitragem internacional, particularmente, é necessário, para se verificar qual o melhor regramento para se assegurar essa independência e imparcialidade, realizar duas avaliações. Primeiro, deve-se entender (a) a posição desse julgador neste mercado privado de resolução de disputas; segundo, é importante estudar (b) a forma que essa verificação de independência e imparcialidade é, de uma perspectiva ampla, realizada.

(a) Diferentemente de um juiz togado, a posição de árbitro não requer uma licença, certificado ou treinamento especial. Além do acuramento técnico normalmente esperado, pode-se dizer que algo mais é necessário para se tornar o decisor de uma arbitragem internacional.

³²¹ A legislação brasileira, nos arts. 13, § 6º, 14, § 1º e 21, § 2º da Lei brasileira de arbitragem, prevê que o árbitro tem a obrigação legal de ser e se manter independente e imparcial no transcurso de todo o procedimento arbitral (LEE, João Bosco; PROCOPIAK, Maria Cláudia de Assis. A obrigação de revelação do árbitro: está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro *standard* universal? In VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo; LEE, João Bosco (org.). **Estudos de Arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 295.).

³²² “A independência é definida como a manutenção pelo árbitro, num plano de objetividade tal, que no cumprimento de seu mister não ceda a pressões nem de terceiros nem das partes. A independência do árbitro está vinculada a critérios objetivos de verificação. Já a imparcialidade vincula-se a critérios subjetivos e de difícil aferição, pois externa um estado de espírito (*state of mind*)” (LEMES, Selma Maria Ferreira. Árbitro. Parecer: Dever de Revelação. Inexistência de Conflito de Interesses. Princípios da Independência e da Imparcialidade do Árbitro. In **Revista Brasileira de Arbitragem**. nº 41, Jan./Mar, 2014, pp. 07/41. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Parecer%20-%20Árbitro.%20Inexistência%20de%20Conflitos%20de%20Interesses%20-SelmaFLemes.pdf>>. Acessado em: 26 jun. 2018, p. 9-10).

Esses indivíduos, os quais podemos denominá-los de *leading arbitrators*, possuem, via de regra, credenciais e experiência vasta, o que lhes confere legitimidade em gerir tais processos decisórios. Na maioria das vezes, eles são repetidamente apontados a estes postos, como verdadeiros solucionadores destas grandes disputas internacionais.³²³ O mercado de árbitros, apresenta, portanto, algumas barreiras de entrada – o que, ao fim, implica na existência, especialmente na arbitragem internacional comercial, de clube de árbitros bem restrito.

O árbitro deve ser entendido como um agente de mercado, guiado por sistemas de incentivos e de cuja atividade é inteiramente regulada pelo mercado através de um sistema de sanção reputacional em caso de adoção de más condutas.³²⁴ Todavia, a avaliação de suas práticas é restrita àquele grupo profissional especializado em arbitragens internacionais, uma vez que, como a maioria dos procedimentos são condicendicias, o sistema reputacional apenas percorrer os atores que nela participam. Por vias diversas, partes podem, em certas situações, não serem tão bem informadas do histórico e reputação do árbitro – caso não tenham contato com esse círculo restrito.³²⁵

Um levantamento feito pela White & Case, no qual se questionou aos entrevistados (partes, advogados e departamentos jurídicos) quais eram suas fontes de informações sobre os árbitros, cuja representação gráfica do resultado consta na figura 8, demonstrou a importância do *network* e do bom *word of mouth* no processo de referência da pessoa do árbitro.³²⁶

³²³ ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration**. [S.L.]: Oxford University Press, 2014, p. 61.

³²⁴ “*As a result, international arbitrator conduct is largely insulated from public scrutiny and broad-based reputational sanctions*” (tradução livre: “Como um resultado, a conduta de árbitros internacionais é largamente isolada de uma investigação pública e em amplamente baseada em um sistema reputacional de sanção”) (*Ibidem*, p. 57).

³²⁵ “*new parties and practitioners may not have adequate information to make effective decisions during the arbitrator selection process, which in itself may raise questions about fairness*” (tradução livre: “novas partes e profissionais de outras áreas podem não ter adequada informação para fazer decisões efetivas durante o procedimento de seleção do árbitro, o que em si pode suscitar dúvidas sobre justiça”) (*Ibidem*, p. 62).

³²⁶ WHITE & CASE. **2018 International Arbitration Survey**. Disponível em: <<https://www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration>>. Acessado em: 04 Set. 2018, p. 20-21.

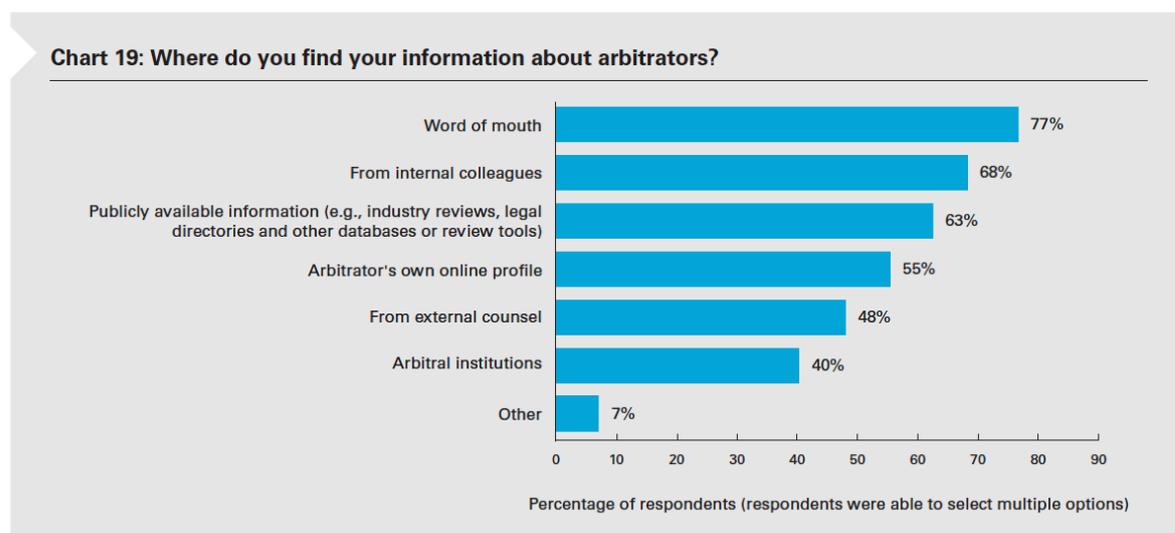


Figura 8. Gráfico White & Case de Informações sobre Árbitros.

O mesmo levantamento revelou que a maioria dos profissionais na arbitragem internacional comercial, que trabalham em grandes escritórios de advocacia, têm acesso a informações sobre árbitros através colegas de trabalho. De forma complementar, esses mesmos advogados, que se valem de informações advindas do próprio escritório, são 80% das vezes a principal fonte de informação de departamentos jurídicos sobre os árbitros.³²⁷

O processo de seleção e convencimento da parte da adequação do árbitro para assumir aquela posição decisória é um elemento sensível e distintivo na arbitragem, até mesmo no que tange à probabilidade de sucesso da demanda. À analogia do *fórum shopping*, pode-se falar em um *arbitrator shopping*, no qual se escolha o mais adequado e desejável decisor para aquela demanda.³²⁸

Em atenção a uma maior segurança, formalidade e previsibilidade do procedimento arbitral, há diversos diplomas, legislações locais, *soft laws*, tratados internacionais e até mesmo os parâmetros tratados decisões judiciais envolvendo a posição dos árbitros, que traçam diretrizes e padrões de melhores condutas a serem adotadas.³²⁹

³²⁷ WHITE & CASE. **2018 International Arbitration Survey**. Disponível em: <<https://www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration>>. Acessado em: 04 Set. 2018, p. 20.

³²⁸ ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration**. [S.L.]: Oxford University Press, 2014, p. 67.

³²⁹ Vide, e.g., IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018; IBA. **Rules of Ethics for International Arbitrators**. (1987). Disponível em: <https://www.translex.org/701100/_iba-rules-of-ethics-for-international-arbitrators-1987/>. Acessado em: 07 Out. 2018; CIA. **Interviews for Prospective Arbitrators**. (2016). Disponível em: <<http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/guideline-on-interviews-for-prospective-arbitrators.pdf?sfvrsn=16>>. Acessado em: 07 Out. 2018.

(b) A independência e imparcialidade do árbitro não podem ser avaliadas, de forma completa, pelo próprio árbitro ou pelas partes caso estes não se tenham conhecimento de todos os interesses e interessados envolvidos no resultado do procedimento.³³⁰ Sobre isso, Ferro indica que os árbitros “devem ser adequadamente informados a respeito dos interesses em jogo, a fim de que possam garantir, de forma segura, tanto no começo como durante o processo arbitral, a sua independência em relação a todos os interessados no resultado da demanda sob seu julgamento”.³³¹ A finalidade do dever de revelar é salvaguardar tanto o devido processo legal, como uma tentativa e precaução em se assegurar a independência e isenção do julgador.³³²

Nos casos de *third-party funding* não é diferente, o árbitro também somente estará apto a se declarar, com segurança, independente e imparcial caso tenha conhecimento do envolvimento de todos os interesses e interessados no resultado do procedimento – inclusive sobre a participação do *third-party funder*.³³³ Um exemplo que pode ilustrar essa assertiva é a possibilidade de se existir repetidas indicações do árbitro, não pela parte ou por seu representante legal, mas pelo *third-party funder*. Apesar de formalmente esse terceiro não realizar a indicação, é possível que a decisão efetiva sobre a pessoa do árbitro esteja sendo feita por ele.³³⁴ Selvyn Seidel, integrante da *Fulbrook Capital Management*, afirmou a respeito: “I

³³⁰ TRUSZ, Jennifer A. Full Disclosure? Conflict of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. In **The Georgetown Law Journal**. Vol 101. 2013. Disponível em: <<https://georgetownlawjournal.org/articles/111/full-disclosure-conflicts-of>>. Acessado em: 18 Ago. 2018, p. 1665. O referido *conflict check* não mais se resume às partes formais do processo. Ferro, com razão, traz como premissa a análise sobre a relevância da titularidade dos interesses em jogo: “a vitória de uma parte sempre terá alguma forma de repercussão para terceiros, mas o que releva saber é se essa repercussão é direta ou indireta” [...] “é cediço que o dever de revelação do árbitro não se limita a avaliar sua independência apenas perante aquele que figura no processo como ‘parte’. A pesquisa deve ser mais ampla, a fim de incluir outras pessoas cuja ligação com os litigantes possa afetar, aos olhos do adversário, sua independência – como, por exemplo, a integração de uma parte a um grupo econômico –, ou mesmo relações do árbitro com terceiros interessados na solução do litígio de forma adversa a uma das partes (e.g., se o árbitro participa da direção de uma companhia concorrente a uma das partes)” (FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 105). Essa discussão, todavia, já foi traçada no item 3.5.3 deste trabalho.

³³¹ *Ibidem*, loc.cit.

³³² BAPTISTA, Luiz Olavo. Constituição e Arbitragem: Dever de Revelação, Devido Processo Legal. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 94.

³³³ SHAW, Gary J. Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit. In **Arbitration International**. Vol. 33. Issue 1. Março de 2017, p. 109-120. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/arbint/aiw007>>. Acessado em: 23 mai. 2016, p. 9.

³³⁴ “it is practically self-evident that the funder would turn to arbitrators with whom it had prior commercial relationships and contacts” (tradução livre: “é praticamente óbvio que o financiador irá buscar árbitros com os quais já tenha tido anterior relação comercial e contato”) (BOULLE, Thibault De. “**Third-Party Funding**” in **International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018).

don't think you're going to find any funder who will say they seek to control appointments".³³⁵ Seidel coloca que a questão é sutil e, em verdade, envolve a constatação de uma relação ou contato entre o *third-party funder* e o árbitro em razão repetidos eventos ou trabalhos em conjunto.³³⁶ Cumpre-se, portanto, aplicar de forma análoga a hipótese prevista no item 3.1.3 da lista da IBA *Conflicts*, que prevê a situação na qual o árbitro foi, dentre os últimos três anos, indicado ao cargo de árbitro, duas ou mais vezes, por uma das partes ou uma de suas afiliadas.³³⁷ Dessa forma, pela situação se enquadra na lista laranja da IBA *Conflicts*, deve ser revelada.³³⁸ Ademais, já se argumentou que, em face do desconhecimento da relação de financiamento pelo árbitro, não seria importante trazer à tona essas repetidas indicações do árbitro por *third-party funders*, uma vez que tal fato não seria capaz de refletir parcialidade ou dependência. Esse argumento, entretanto, como se demonstrará, encontra sérias inconsistências.³³⁹

Nessa conjuntura, portanto, questiona-se a própria aptidão do árbitro em realizar revelações sobre sua possível relação com o *third-party funder* uma vez que na maioria dos casos, no silêncio da parte, aqueles não têm conhecimento que a demanda está sendo financiada ou que a parte celebrou uma apólice de seguro.³⁴⁰ Via de regra, se a parte financiada não realizar

³³⁵ “eu não acho que você irá encontrar algum *third-party funder* que dirá que busca controlar as indicações” (ROSS, Alison. **The Dynamics of Third-Party Funding III**. (2012). Disponível em: <<https://fulbrookmanagement.com/the-dynamics-of-third-party-funding-iii/>>. Acessado em: 03 Mar. 2018, p. 9).

³³⁶ “*Where does it stop? If we draw an analogy between the funder and an insurance company that is a client of your firm, does that mean that you cannot be an arbitrator if one of the parties in the case has litigation insurance with that company?*” (tradução livre: “Onde isso para? Se nós realizarmos uma analogia entre o *third-party funder* e uma seguradora que é cliente de nosso escritório, isso quer dizer que você não pode ser um árbitro se uma das partes no caso tenha uma apólice de seguro com aquela seguradora?”) (*Ibidem, loc.cit.*).

³³⁷ “3.1.3. *The arbitrator has, within the past three years, been appointed as arbitrator on two or more occasions by one of the parties, or an affiliate of one of the parties*” (tradução livre: O árbitro tem, dentro dos três últimos anos, sido indicado como árbitro em duas ou mais ocasiões por uma das partes, ou por uma afiliada de uma das partes) (IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018, p. 22).

³³⁸ Em uma mesa redonda organizada pela *Global Arbitration Review*, a relevância da realização de uma boa indicação para a cadeira de árbitro foi asseverada. Philippe Pinsolle reconheceu que a escolha do árbitro, se não for bem-feita, pode ser um ponto negativo para o sucesso da parte. Assim também, Selwyn Seidel destacou que é possível que a Fulbrook Management não financie uma demanda em razão da falta de confiança nos envolvidos (ROSS, Alison. **The Dynamics of Third-Party Funding II**. (2012). Disponível em: <<https://000f69c.rcomhost.com/fulbrook/the-dynamics-of-third-party-funding-ii/>>. Acessado em: 08 mar. 2018, p. 5). Por outro lado, Robert Volterra afirmou que *third-party funders* dificilmente têm a oportunidade de ter ingerências nessa indicação, uma vez que, na maioria das vezes, o Tribunal Arbitral é constituído antes da celebração do contrato de financiamento. Walter Remmerswall, neste mesmo sentido, expõe: “*The appointment of an arbitrator is a decision taken by client and counsel, and when we have thoughts about it we will share them. At the end of the day, you try to act as a team*” (tradução livre: “A indicação do árbitro é uma decisão tomada pelo cliente e seu advogado, e quando temos uma posição sobre isso nós iremos repassar a eles. No final do dia, você tenta agir como um time”) (*Ibidem, p. 6*).

³³⁹ *Ibidem, p. 6 e 7*.

³⁴⁰ “*the arbitrator may not know that a claimholder is being funded by a third party and thus may not know that he should disclose any prior involvement with third-party funders*” (tradução livre: “o árbitro pode não saber que

a revelação, o árbitro prestará somente informações padrões, isto é, envolvendo meramente as partes do procedimento.

Não obstante já exposto, é necessário ter em mente que a total independência e imparcialidade adjetivada à juízes e árbitros é uma idealização da existência de um terceiro sobre-humano que ofusca os conceitos e cria uma falsa retórica. A absoluta independência e imparcialidade apenas é alcançada através de processos não humanos, uma vez que todo processo decisório humano é realizado através de interações intersubjetivas. A imposição de um sistema binário parcialidade-imparcialidade impede a visualização de que sempre aquele que decide está sujeito à certas predisposições.³⁴¹ Nesse sentido, ao invés de uma purificação de quaisquer inclinações, elege-se algumas delas como desviantes do padrão de independência e imparcialidade esperado de dado procedimento ou estrutura. Dessa forma, há certas predisposições que, de um lado, são aceitas, enquanto que, de outro lado, algumas não toleradas.³⁴²

O melhor exemplo das predisposições aceitas e não aceitas consta nas hipóteses elencadas nas listas da IBA *Conflicts*.³⁴³⁻³⁴⁴

a parte está sendo financiada por um terceiro e assim desconhecê-lo que ele deve revelar qualquer anterior envolvimento com *third-party funders*”) (TRUSZ, Jennifer A. Full Disclosure? Conflict of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. *In The Georgetown Law Journal*. Vol 101. 2013. Disponível em: <<https://georgetownlawjournal.org/articles/111/full-disclosure-conflicts-of>>. Acessado em: 18 Ago. 2018, p. 1671).

³⁴¹ “*the ethical obligations that are said to apply to adjudicators when they engage in this process are still often framed in overly simplified, often binary terms*” (tradução livre: “as obrigações éticas que dizem ser aplicadas aos juízes quando eles estão engajados em um processo são normalmente extremamente simplificadas e recorrentemente aplicada em termos binários termos”) (ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration**. [S.L.]: Oxford University Press, 2014, p. 311-314).

³⁴² Rogers, inclusive, destaca o sistema de indicação de árbitros pelas partes, através do qual as partes buscam estabelecer uma harmonia entre a máxima predisposição do árbitro a ver seu caso de uma forma favorável com o o dever de imparcialidade (*Ibidem, loc.cit.*).

³⁴³ A IBA elaborou três grandes categorias de litas: (i) vermelha, (ii) laranja e (iii) verde – todas não exaustivas e sempre dependentes dos fatos e especificidades do caso concreto. A lista vermelha (i), elenca situações que objetivamente ensejam conflitos de interesses com o árbitro de um ponto de vista de um terceiro razoável que tenha conhecimento das questões relevantes do caso (*reasonable third person having knowledge of the relevant facts and circumstances*). Essa lista vermelha é dividida entre não renunciável e renunciável. A primeira busca impedir que uma pessoa jogue a si própria; enquanto, de outro lado, a segunda, apesar de elencar situações igualmente sérias, são passíveis de serem aceitas expressamente por todas as partes. A lista laranja, ao seu turno, fixa situações que, do ponto de vista da parte, podem gerar conflitos de interesses. Segundo a IBA, estas situações devem ser reveladas pelo árbitro e, na ausência de de objeção da parte quanto as mesmas, tal conduta será interpretada uma aceitação tácita. Por último, a lista verde retrata situações as quais, sob um parâmetro objetivo, não implicam em aparente ou atual conflito de interesses, e, portanto, não são os árbitros obrigados a proceder a revelação da situação (IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018, p. 17-20).

³⁴⁴ Vale conferir a lista de situações que podem gerar possíveis conflitos de interesses fornecida pela ICC, em seu *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration* (ICC. **Note to Parties and Arbitral**

Uma situação possível é a existência de relações comerciais significantes entre o escritório do árbitro e o *third-party funder*, que não foram descortinadas durante o procedimento em face da ausência de conhecimento do árbitro de que uma das partes estava sendo financiada. Essa situação está prevista no item 2.3.6 da lista vermelha renunciável da IBA *Conflicts* (lembrando-se da equiparação da IBA *Conflicts* do *third-party* à parte para fins de avaliação de conflitos de interesses).³⁴⁵ É possível, assim, que o escritório do árbitro esteja recebendo um financiamento do *third-party funder* ou esteja prestando serviços advocatícios a esse terceiro. Mais uma vez, esta situação ilustra a importância da instituição de um dever geral de revelação. Não obstante essa observação, registre-se que *third-party funder*, em especial empresas de financiamento de disputas, ao avaliarem o caso, realizam um *conflict check* de seus integrantes com os árbitros do Tribunal Arbitral.³⁴⁶ Isso, todavia, não desmerece a necessidade de se instaurar tal dever geral de revelação do *third-party funding*, ao contrário, evidencia a necessidade de se juntar esforço contra a superveniente e tardia constatação de conflitos de interesses.

Uma outra situação que pode servir de exemplo é aquela na qual um árbitro atuou ou está atuando como advogado de um cliente que foi ou está sendo financiado pelo mesmo *third-party funder*. Nesta situação tanto a relação de financiamento como os reiterados contatos levantam dúvidas a respeito da independência e imparcialidade do árbitro. Veja ainda que, muito possivelmente, na arbitragem na qual o árbitro é advogado da parte que está sendo financiada seus honorários estão sendo pagos pelo *third-party funder*, o que certamente gera uma dependência econômica.³⁴⁷

Um terceiro e último exemplo que se pode destacar é aquele no qual um conflito de interesses pode ser constatado, como descrito no item 3.5.1 da IBA *Conflicts*, quando se descobre que o árbitro detém ações ou quotas sociais na sociedade do *third-party funder*, ou de

Tribunals on the Conduct of the Arbitration. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>>. Acessado em: 13 jul. 2018).

³⁴⁵ “2.3.6. *The arbitrator’s law firm currently has a significant commercial relationship with one of the parties, or an affiliate of one of the parties*” (tradução livre: “O escritório do árbitro possui um relação comercial significativa com uma das partes, ou com uma afiliada de uma das partes”) (IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.** (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018, p. 21).

³⁴⁶ Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

³⁴⁷ ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration.** [S.L.]: Oxford University Press, 2014, p. 200.

uma afiliada deste.³⁴⁸ Mais uma vez, entretanto, não tendo conhecimento da presença deste terceiro, o árbitro não traria à tona tal informação logo no início do procedimento.³⁴⁹

A avaliação desse binômio independência e imparcialidade³⁵⁰ do árbitro é realizada, *a priori*, de forma objetiva, isto é, comparando os fatos do caso com as hipóteses descritas em *standards* – e não de acordo com a percepção do indivíduo árbitro sob seu estado de espírito em relação às partes.³⁵¹ A razão disso é que – caso se condicionasse a aferição de parcialidade e dependência à demonstração da efetiva predisposição do julgador e da consciência deste em favor de uma das partes ou de um terceiro – estaria-se impondo à uma parte o ônus de produzir uma prova diabólica, isto é, cuja prova é impossível ou excessivamente difícil de ser produzida. Por isso, afirma-se que a demonstração e mensuração de uma verdadeira predisposição do árbitro é, segundo Rogers, quase impossível.³⁵² Em razão de tanto, estabelece-se *standards* e hipóteses de predisposições para fins de avaliação de conflitos de interesses com o intuito de proteger as partes do risco de certas relações dos árbitros – e não da existência, de fato, de predisposição (*actual bias*).³⁵³

³⁴⁸ TRUSZ, Jennifer A. Full Disclosure? Conflict of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. In **The Georgetown Law Journal**. Vol 101. 2013. Disponível em: <<https://georgetownlawjournal.org/articles/111/full-disclosure-conflicts-of>>. Acessado em: 18 Ago. 2018, p. 1665, 1670; “3.5.1. *The arbitrator holds shares, either directly or indirectly, that by reason of number or denomination constitute a material holding in one of the parties, or an affiliate of one of the parties, this party or affiliate being publicly listed*” (tradução livre: O árbitro possui ações, seja diretamente ou indiretamente, que por razões de número ou denominação constituam direitos societários em uma das partes, ou em uma afiliada de uma das partes, ou dessa quando tenham suas ações comercializadas no mercado de ações) (IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018, p. 25).

³⁴⁹ TRUSZ, Jennifer A. *Op.cit.*, p. 1671. Ferro ainda traz mais dois exemplos. Um primeiro envolvendo um “caso CCI, no qual a Corte recusou a confirmação de um árbitro em razão de ele ter sido diretor de uma companhia, terceira no processo arbitral, que teve, no passado, ligações comerciais com uma das partes, sob o argumento de que ele pode ter tido acesso a informações confidenciais relacionadas a negócios pretéritos entre a companhia e a parte na arbitragem. Em outro caso, o árbitro foi recusado por ter sido diretor de uma companhia distribuidora de produtos farmacêuticos, que teve seu contrato rescindido em razão da aquisição do co-contratante por uma das partes na arbitragem” (FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 106.).

³⁵⁰ Aos nos referimos a esse binômio independência e imparcialidade não estamos levando em consideração classificações que os diferencia entre um aspecto subjetivo e objetivo.

³⁵¹ “*An absence of specific knowledge by an arbitrator is not universally recognized as negating allegations of bias, particularly when circumstances create inappropriate financial relationships from which an arbitrator clearly benefitted, even if unknowingly*” (tradução livre “A ausência de conhecimento específico do árbitro não é universalmente reconhecida como um impedimento do reconhecimento da alegação de parcialidade, particularmente quando as circunstâncias criam situações financeiramente inapropriadas através das quais o árbitro claramente se beneficia, mesmo desconhecendo”) (ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration**. [S.L.]: Oxford University Press, 2014, p. 201).

³⁵² *Ibidem*, p. 206 e *et seq.*

³⁵³ *Ibidem*, p. 208. Veja ainda BOTTINI, Gabriel. Should Arbitrators Live on Mars? Challenge of Arbitrators in Investment Arbitration. In **Suffolk Transnational Law Review**. 32 Suffolk Transnat'l L. Rev. 341 Symposium. 2009

Em face da ausência de revelação da parte, certamente, a pior situação que pode ocorrer é a suscitação de existência de conflitos de interesses dos árbitros após a lavratura da sentença arbitral, por conta do superveniente conhecimento da relação de financiamento e a consequente constatação de que certas relações entre árbitro e o *third-party funder* enquadram-se em hipóteses de predisposição que levam a conclusão de possíveis conflitos de interesses.

O entendimento a respeito do fato que configura conflito de interesses é controvertido. Se de um lado, um primeiro posicionamento (1) defende que é necessário a demonstração e comprovação, de fato, do conflito, de outro lado, uma segunda vertente (2) afirma que, presente um determinado cenário, presume-se a existência de conflitos de interesses dos árbitros. Nesse sentido, é possível se verificar a discussão em certas jurisdições da aplicação de diferentes parâmetros de aferição de independência e imparcialidade dos árbitros, tais como, *e.g.*, dúvida razoável (*reasonable doubts*), evidente parcialidade (*evident partiality*), atual predisposição (*actual bias*), razoáveis percepções de parcialidade (*reasonable perception of partiality*) e aparente predisposição (*appearance of bias*). A aplicação de tais proposições jurídicas, todavia, frise-se, não mais se restringe à “mera identidade dos demandantes para ir além dela”.³⁵⁴

Mesmo não sendo objeto deste trabalho, vale a pena realizar uma contraposição de entendimentos sobre o fato que configura conflito de interesses dos árbitros.

Começemos pelo posicionamento que requer uma comprovação material de conflitos de interesses (1). No caso *Gianelli Money Purchase Plan & Trust v. ADM Inv. Servs., Inc.*, o 11º Circuito da Corte de apelação dos Estados Unidos, em 1998, valeu-se do conceito de evidente parcialidade (*evident partiality*), constante na Lei federal de arbitragem dos Estados Unidos (*Federal Arbitration Act – FAA*), no capítulo 1, seção 10(a)(2), para fixar seu entendimento. Segundo a Corte, a hipótese de evidente parcialidade deve ser interpretada restritivamente em homenagem ao favorecimento da arbitragem. A suposta parcialidade deve ser (a) direta, (b) definitiva, e (c) capaz de ser demonstrada – e não remota, incerta e meramente especulativa. Assim, a Corte consignou que, para se anular uma sentença arbitral sob o fundamento de evidente parcialidade do árbitro, deve-se demonstrar: (i) ou que um atual conflito existe, (ii) ou que o árbitro realmente sabia e não revelou a relação que levaria uma

³⁵⁴ FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). *Dia Gaúcho da Arbitragem*. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 106.

pessoa a deduzir que possível conflito existiria.³⁵⁵ Essa mesma Corte de apelação dos Estados Unidos destacou ainda, no caso *Lifecare Intern., Inc. v. CD Medical, Inc.*, em 1995, que evidente parcialidade, que deve ser direta, definitiva e capaz de ser demonstrada, não deve ser confundida com uma aparente predisposição (*appearance of bias*). A partir disso, a Corte se posiciona no sentido de que, mesmo que o árbitro falhe no cumprimento do seu dever de investigar e revelar, isso, por si só, não caracteriza uma evidente parcialidade – mesmo que se queira alegar uma aparente tendência. Por essa lógica, a evidente parcialidade (*evident partiality*) é caracterizada e provada – não presumida. Além disso, veja-se que, através da análise dos fatos do caso, a Corte analisou se um dado fato seria ou não abarcado pelo dever de investigação ou revelação do árbitro com o intuito unicamente de, caso este falhasse com o dever de investigar e revelar tal fato, de avaliar a qualificação de uma alegação de parcialidade ou tendência do árbitro – e não, frise-se, como uma situação que, *in re ipsa*, desqualificaria o árbitro.³⁵⁶ Apesar disso, nesta mesma jurisdição norte americana, porém no 9º Circuito da Corte de apelação dos Estados Unidos, já se tem outro entendimento: no caso *Schmitz v. Zilveti*, de 1994, destacou que a falha do árbitro no dever de investigar pode gerar razoáveis percepções de parcialidade (*reasonable perception of partiality*).³⁵⁷ Inconsistências entre precedentes acontecem, no entanto não, neste caso, não se trata de dissidência capaz de mudar o entendimento jurisprudencial majoritário.

Passemos agora a examinar um exemplo do posicionamento contrário (2): aquele que afirma que, presente um determinado cenário, presume-se a existência de conflitos de interesses dos árbitros. No Brasil, no procedimento de Sentença Estrangeira Contestada (SEC) de número 9.412/13,³⁵⁸ entre *Asa Bioenergy Holding A G v. Adriano Ometto Agricola Ltda.*,

³⁵⁵ UNITED STATES OF AMERICA. **Gianelli Money Purchase Plan & Trust v. ADM Inv. Servs., Inc.** United States Court of Appeals. 11th Circuit. 1998. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1152558.html>>. Acessado em: 18 jul. 2018, p. 4.

³⁵⁶ *Ibidem, loc. cit.*

³⁵⁷ UNITED STATES OF AMERICA. **Schmitz v. Zilveti**. United States Court of Appeals. 9th Circuit. 1994. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/1994106320f3d10431893#>>. Acessado em: 18 jul. 2018.

³⁵⁸ *Vide* sobre o SEC n. 9.412/13: STJ. **Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412/13. Voto-Relatório Ministro Relator Felix Fischer.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=52148959&tipo=91&nreg=201302788725&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170530&formato=PDF&salvar=false>>. Acessado em: 23 jun. 2018; STJ. **Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412/13. Voto-Vista Ministro Relator Felix Fischer.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=70084320&tipo=66&nreg=201302788725&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170530&formato=PDF&salvar=false>>. Acessado em: 23 jun. 2018; STJ. **Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412/13. Voto-Vista Ministro João Otávio de Noronha.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=54813618&tipo=3&nreg=201302788725&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170530&formato=PDF&salvar=false>>. Acessado em: 23 jun. 2018.

chamado de caso Abengoa, o Superior Tribunal de Justiça traçou certas premissas a que ilustram esse posicionamento.

Na oportunidade a Corte apreciou pedido de homologação de duas sentenças arbitrais, ambas proferidas simultaneamente pelo mesmo Tribunal Arbitral, sediado em Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, seguindo o Regulamento da ICC. Na fixação do preço de um contrato de cessão de quotas sociais, no caso, levou-se em consideração informações que não se confirmaram posteriormente, o que deu causa ao procedimento. Instauraram-se, assim, duas arbitragens, com o mesmo Tribunal Arbitral, com três árbitros, sob a administração e nos termos do regulamento da ICC, à época. A sede da arbitragem foi a cidade de Nova Iorque e a lei aplicável fora o direito brasileiro. Neste ponto, como consta no parecer de Selma Lemes sobre o caso, os árbitros prestaram esclarecimentos e firmaram Declaração de Aceitação, Disponibilidade e Independência, sendo que o árbitro presidente, antes de se manifestar sobre, realizou um *conflict check* e verificou se havia eventuais indisponibilidades junto ao seu escritório.³⁵⁹ Encontrando-se desimpedido, firmou a Declaração. Descobriu-se, posteriormente, que, quando do *conflict check* no sistema do escritório do árbitro presidente, não se incluí todas as empresas envolvidas na arbitragem. Após ter o Tribunal Arbitral condenado o vendedor, este contratou um investigador para levantar possíveis conflitos de interesses dos membros do Tribunal Arbitral. O vendedor apresentou pedido de impugnação, no próprio procedimento arbitral, seguindo o rito do Regulamento da ICC, sustentando, *inter alia*, a ausência de imparcialidade e independência do presidente do Tribunal Arbitral.³⁶⁰ Ato contínuo, apesar de afirmar a não relação do seu escritório com as empresas partes do procedimento, o árbitro presidente, por cautela, preferiu renunciar o cargo para preservar higidez do procedimento. O pedido de impugnação não fora, assim, apreciado pela ICC. Em sequência, uma ação anulatória foi proposta na Justiça Federal norte-americana, que, foi julgada improcedente, e confirmada em sede de recurso, sob o fundamento de que não haveria elementos suficientes para

³⁵⁹ LEMES, Selma Maria Ferreira. Árbitro. Parecer: Dever de Revelação. Inexistência de Conflito de Interesses. Princípios da Independência e da Imparcialidade do Árbitro. In **Revista Brasileira de Arbitragem**. nº 41, Jan./Mar, 2014, pp. 07/41. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Parecer%20-%20Árbitro.%20Inexistência%20de%20Conflitos%20de%20Interesses%20-SelmaFLemes.pdf>>. Acessado em: 26 jun. 2018, p. 21.

³⁶⁰ Trouxe, pois, à baila os seguintes fatos decorrente de sua investigação: (i) o árbitro presidente, indicado pelos co-árbitros, era sócio de um escritório de advocacia, que já teria defendido os interesses do comprador em outras ocasiões e teria percebido valores decorrentes de honorários, no decorrente do referido procedimento arbitral; (ii) o escritório do árbitro presidente representou uma empresa em uma operação de aquisição de ações detidas pela Abengoa S/A, uma empresa do grupo dos compradores, na companhia Telvent GIT S/A; e (iii) um cliente do escritório de advocacia do árbitro, *First Reserve*, adquiriu, no curso do procedimento arbitral, ações da sociedade Abengoa S/A, que é *holding* controladora do grupo Abengoa.

caracterizar a parcialidade do árbitro – apesar de a relação ter em si existido entre o escritório do árbitro e a empresa não abarcada na avaliação procedida pelo árbitro. Inclusive, o Tribunal Federal americano frisou que a investigação procedida pelo vendedor fora feita em *due diligence* fora do usual.³⁶¹

No Brasil, o comprador/requerente ingressou com procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira. O vendedor/requerido alegou novamente a falta de imparcialidade e independência do presidente do Tribunal Arbitral, sustentando, dentre outras coisas, a violação do dever de revelação por parte do árbitro, constante no art. 14, § 1º da LA.³⁶² Ao seu turno, o comprador/requerente, em sede de réplica, informou que o árbitro, mesmo sócio do escritório de advocacia, desconhecia as operações realizadas por seu escritório. Pontuaram, inclusive, que o referido escritório nunca representou o requerido ou empresas do seu grupo. Em verdade, o escritório representou o Departamento de Energia norte-americano, em operação com empresa do grupo do vendedor/requerido, que pagaram por aqueles os honorários dos advogados do escritório de advocacia, do qual é integra o árbitro presidente – por força única e exclusiva de uma exigência legal do direito americano – que impõe que os interessados em participar de projetos no setor de energia devem arcar os honorários de escritório de advocacia escolhido exclusivamente pelo Departamento de Estado norte-americano, não se criando uma relação cliente-advogado entre o interessado e os advogados selecionados e contratados pelo Departamento.

O STJ lavrou o acórdão nos termos do voto-vista divergente do Ministro João Otávio de Noronha, seguido pela Ministra Nancy Andrighi e pelo Ministro Herman Benjamin. Segundo o acórdão, diferentemente do voto do relator, entendeu-se que o STJ tem o dever de analisar os requisitos formais da sentença arbitral e verificar a existência de ofensa à soberania

³⁶¹ O Ministro Relator do SEC n. 9.412/13, Ministro Relator Felix Fischer, transcreveu importante razão declinada pelo Tribunal Regional Federal dos Estados Unidos do Distrito Sul de Nova York americano: “A lei nesta circunscrição é clara em relação ao padrão de 'evidente parcialidade', e procede da análise 'severamente limitada' de sentenças arbitrais feitas pelos tribunais: este Tribunal só pode considerar 'evidente parcialidade' como suficiente para suspender uma sentença 'quando uma pessoa razoável, considerando todas as circunstâncias, teria que concluir que um árbitro foi parcial por um dos lados. [...] Com estes princípios em mente, a corte considera que não existe nenhuma prova material que refute a afirmação sob juramento do Sr. Rivkin de que ele, de fato, desconhecia completamente os conflitos sobre os quais Ometto reclama quando proferiu as sentenças.” (STJ. **Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412/13. Voto-Relatório Ministro Relator Felix Fischer.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=52148959&tipo=91&nreg=201302788725&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170530&formato=PDF&salvar=false>>. Acessado em: 23 jun. 2018).

³⁶² Art. 14, § 1º, da LA. As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

e à ordem pública – como regido pela Resolução n. 9/2005 do STJ.³⁶³ Com efeito, consignou-se que a cognição sobre a independência e imparcialidade do árbitro é uma salvaguarda ao princípio do devido processo legal, sendo questão de ordem pública.³⁶⁴ A partir desses fatos, concluiu-se que o árbitro presidente teve contatos relevantes com sociedades do grupo Abengoa, do comprador/requerente, ainda mais por serem questões de alta relevância econômica no curso da arbitragem.³⁶⁵ Anotou-se na *ratio decidendi* que, “ainda que essa relação de devedor e credor entre a empresa Abengoa Solar, integrante do grupo Abengoa e o escritório do árbitro presidente fosse de desconhecimento do árbitro, já é suficiente para colocar objetivamente em dúvida sua independência”, bem como que, mesmo “que não se trate de relações cliente-advogado, por certo que não podem ser desconsideradas, sobretudo se levados em conta os valores nelas envolvidos”³⁶⁶ – subsumindo-se os fatos à cláusula aberta de suspeição do art. 135, V do Código de Processo Civil de 1993.³⁶⁷ Afirmou-se que a atribuição de árbitro à alguém depende da confiança das partes, através da indicação de uma e da aceitação de outra, de quem ambos não desconfiam por força do que lhes é revelado. Dessa forma, em face dos elementos postos, o STJ não homologou a sentença com base nos arts. 13, 14, *caput* e § 1º, 32, II e IV, 38, V, e 39, II, da Lei de Arbitragem brasileira.³⁶⁸ Pontue-se o voto divergente do Ministro relator do caso, Felix Fischer.³⁶⁹ Em síntese, dentre outras questões, o Ministro

³⁶³ STJ. **Resolução n. 9/2005.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acessado em: 21 Oct. 2018.

³⁶⁴ *Vide* sobre devido processo legal na arbitragem internacional comercial: KURKELA, Matti S.; TURUNEN, Santtu. **Due Process in International Commercial Arbitration.** onflict Management Institute (COMI). 2nd ed. New York: Oxford, 2010.

³⁶⁵ Reitera-se o entendimento Rogers: “*An absence of specific knowledge by an arbitrator is not universally recognized as negating allegations of bias, particularly when circumstances create inappropriate financial relationships from which an arbitrator clearly benefitted, even if unknowingly*” (tradução livre “A ausência de conhecimento específico do árbitro não é universalmente reconhecida como um impedimento do reconhecimento da alegação de parcialidade, particularmente quando as circunstâncias criam situações financeiramente inapropriadas através das quais o árbitro claramente se beneficia, mesmo desconhecendo”) (ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration.** [S.L.]: Oxford University Press, 2014, p. 201).

³⁶⁶ STJ. **Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412/13. Voto-Vista Ministro João Otávio de Noronha.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=54813618&tipo=3&nreg=201302788725&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170530&formato=PDF&salvar=false>>. Acessado em: 23 jun. 2018, p. 10.

³⁶⁷ Art. 135, CPC/73. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Equivalente ao art. 145, CPC/15. Há suspeição do juiz: IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes (DIDIER JR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil:** comparativo com o Código de 1973. Salvador: juspodivm, 2015, p. 595-596).

³⁶⁸ BRASIL. **Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem do Brasil).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acessado em: 24 jun. 2018.

³⁶⁹ Segundo o Ministro, faz-se imprescindível a qualquer atividade jurisdicional a imparcialidade do julgador. Primeiramente, consiga que o exame da questão da imparcialidade ou não do árbitro era de competência única do Poder Judiciário americano, que tinha já decidido sobre a questão, afastando as alegações. Quanto às três questões

assinalou que, em razão da inexistência de relação direta entre o escritório do árbitro e o comprador/requerente, não se poderia imputar ao árbitro presidente qualquer dever de revelar. E, ao fim, entendeu que a renúncia do árbitro do cargo tratou-se de mero ato de cautela, e não de confissão ficta.³⁷⁰

Como demonstrado, pois, há dois posicionamentos prevaletentes sobre a constatação do fato que consuma a existência de conflitos de interesses (1 e 2). Ao nosso ver, entretanto, somente à segunda vertente assiste razão, isto é: presente um determinado cenário, presume-se a existência de conflitos de interesses dos árbitros. Nosso entendimento se justifica porque não se pode impor a qualquer uma das partes o dever de produzir provas determinantes sobre a existência desse conflito: não se estaria conferindo, sem dúvidas, um tratamento justo. A desincumbência do ônus da prova, nessa situação, seria extremamente onerosa e difícil de ser realizada – até porque a predisposição do árbitro é uma questão de ordem subjetiva.

Essa discussão aplica-se ao presente trabalho no sentido de se concluir que a justificativa e a necessidade de instituição de um dever geral revelação do *third-party funding* residem na constatação de que, mesmo que o árbitro, de fato, não tenha conhecimento do *third-party funder*, a análise da sua independência e imparcialidade é feita pelo cenário em que ele se insere – e não pela sua condição de espírito. Logo, o único meio apto a garantir um tratamento

suscitadas pelo vendedor/requerido, anotou o Ministro dissidente: (i) inexistiu vínculo de cliente-advogado, cuja relação de pagamento de honorários, ao fim, somente existiu em razão de uma imposição do direito norte americano – além de tal cenário não ser de conhecimento do árbitro; (ii) o escritório do árbitro não participou da operação de participação no Grupo Abengo pela *First Reserve Corporation* – inexistindo consequência ao dever de revelar; e, por fim, (iii) na operação de alienação de ações pela Abengoa S.A. da empresa Telvent para um terceiro grupo, o escritório de advocacia do árbitro advogado para este terceiro, não teve nenhum envolvimento com os demais atores da relação.

³⁷⁰ Vale pontuar, à luz dos fatos do caso SEC n. 9.412/13, que, mesmo negada a anulação de sentença arbitral na jurisdição sede da arbitragem (no caso, em Nova Iorque), a sentença arbitral pode não ser reconhecida e executada em outra jurisdição (no exemplo, no Brasil) – que fará um novo filtro à luz de sua ordem pública (TRUSZ, Jennifer A. Full Disclosure? Conflict of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. In **The Georgetown Law Journal**. Vol 101. 2013. Disponível em: <<https://georgetownlawjournal.org/articles/111/full-disclosure-conflicts-of>>. Acessado em: 18 Ago. 2018, p. 1669). O entendimento dos parâmetros, premissas e valores legais (*normative foundations*) de cada jurisdição com as quais a sentença arbitral possa interagir é altamente importante para se consignar sobre qual a melhor conduta a ser adotada em um procedimento com o intuito de salvaguardar a executabilidade da sentença arbitral. A propósito, sobre o tema, não se pode olvidar a *New York Convention*, que prevê uma série de hipóteses de não reconhecimento e execução de sentença, que podem ser enquadradas em caso do superveniente conhecimento de relações entre o árbitro e o *third-party funder*. Primeiro, o art. V(2)(b) prevê o indeferimento em face da violação da ordem pública nacional do país. Segundo, o art. V(d) da *New York Convention* prevê ainda a composição do Tribunal Arbitral em conformidade com a lei da sede da arbitragem – que na maioria das vezes, consubstancia a obrigação continua do árbitro de se manter independente e imparcial durante todo o procedimento. Terceiro, o art. V(1)(b) faculta a negativa de reconhecimento e execução em face da impossibilidade da parte em sustentar seu caso, isso devido à parcialidade e dependência do árbitro (UNCITRAL. **New York Convention**. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>>. Acessado em: 09 Ago. 2018).

justo as partes, por meio da preservação da independência e imparcialidade dos árbitros, bem como no sentido de se evitar o desperdício de atos processuais, é a realização da revelação do *third-party funding*: isto é, se discurtinando o cenário que o árbitro está inserido. Além disso, a presente discussão serve para se poderar, em momento oportuno, as possíveis consequências a respeito do descumprimento de um dever geral de revelação – sempre a partir do entendimento que uma determinada jurisdição sobre o fato que implica na consumação de conflitos de interesses.

A instituição de uma obrigação de revelar o *third-party funding*, portanto justifica-se, completamente, pela razão de se preservar um tratamento justo entre as partes e por ser o meio mais apto a garantir a independência e imparcialidade do árbitro. Não fosse somente isso, cumpre-se ainda pontuar a revelação do *third-party funding* como ato que serve, imprescindivelmente, para o cumprimento da obrigação ou dos parâmetros decorrentes do princípio da boa-fé processual (4.1.2.3).³⁷¹

4.1.2.3 Princípio da Boa-fé Processual

A imposição de um dever geral de revelação do *third-party funding* encontra amparo ainda no princípio da boa-fé processual – ou, nas palavras de alguns, da obrigação geral de boa-fé.³⁷²

Cremades, *e.g.*, entende que a não revelação pela parte do *third-party funding* implica na quebra da boa-fé processual. O autor sustenta seu posicionamento afirmando que a ausência de ciência do interesse e participação desse terceiro pode ensejar atrasos processuais e objeções, que podem comprometer superveniente todo o procedimento.³⁷³ Nesse mesmo sentido, Ferro indica que à cláusula arbitral são aplicados os princípios de probidade e boa-fé do art. 422 do Código Civil brasileiro de 2002. O autor entende que a parte tem a obrigação de

³⁷¹ *Vide* sobre a falha no dever de revelar pelo árbitro: CRIVELLARO, Antonio. Does the Arbitrators' Failure to Disclose Conflicts of Interest Fatally Lead to Annulment of the Award? The Approach of the European State Courts. *In* **Arbitration Brief**, n. 1 (2014), p. 121-141. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/ab>>. Acessado em: 30 Out. 2018.

³⁷² LÉVY, Laurent; BONNAN, Régis. Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings. *In*: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 82; MANIRUZZAMAN, Munir. Third-Party Funding in International Arbitration – A Menace or Panacea? *In* **Kluwer Arbitration Blog**. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/12/29/third-party-funding-in-international-arbitration-a-menace-or-panacea/?print=print>>. Acessado em: 11 fev. 2018, p. 2.

³⁷³ CREMADES, Bernardo M. **Third-party Funding in International Arbitration**. (2011) Disponível em: <<http://www.cremades.com/en/publications/third-party-funding-in-international-arbitration/>>. Acessado em: 02 Mar. 2018, p. 7.

revelar todos os fatos que impliquem no resultado da demanda, inclusive aqueles capazes de comprometer a higidez da sentença. A independência do árbitro, segundo o autor, seria avaliada do ponto de vista dos árbitros e das partes – ambos detentores do direito de ter ciência de todos os terceiros com interesse qualificado no procedimento.³⁷⁴ Ao passo que a parte tem o interesse no resultado material do procedimento, o árbitro almeja a construção de um procedimento regular, preservando pela sua reputação no mercado da arbitragem.

No regulamento de algumas câmaras, como, *e.g.*, no art. 32.2 das regras da LCIA, é prevista uma obrigação de boa-fé no sentido de que é dever das partes assegurar a construção de uma sentença arbitral legalmente executável.³⁷⁵

Refleta-se ainda que se poderia discutir se uma dada parte, não realizando a revelação do *third-party funding*, na primeira oportunidade que teve, poderia suscitar questões de conflitos de interesses entre um dos árbitros e o *third-party funder* que o financia. Veja-se que a parte financiada poderia esconder esta relação como uma “carta de baixo da manga”, alegável em caso de uma situação ou resultado desfavorável ao seu interesse. Ferro, sobre isso, indica que se trataria de uma reserva ilegítima do direito de anular uma futura sentença desfavorável sob o argumento de conflitos de interesses dos árbitros, uma vez que a ninguém é dado o direito de se beneficiar da própria torpeza.³⁷⁶

Suscita ainda, como decorrência da boa-fé, que haveria um legítimo interesse da parte contrária em saber contra quem está litigando. Derains e Ferro trazem o brocado *nul ne plaide par procureur*, que indica que o representante deve revelar a identidade do representado no intuito de salvaguardar a liberdade de defesa e a transparência no procedimento.³⁷⁷ Nessa

³⁷⁴ FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 115. Em sentido oposto, com argumentos mais fracos em nosso sentir, Lévy e Bonnan sustentam que inexistiria dever de revelar decorrente da boa-fé processual, todavia, não trazem fundamentos que enfretam diretamente questões referentes à higidez do processo e à imparcialidade e independência do árbitro (LÉVY, Laurent; BONNAN, Regis. *Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings*. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC, Volume 10**. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 80-81).

³⁷⁵ Art. 32.2: “*In all matters not expressly provided for in these Rules, the LCIA Court, the Arbitral Tribunal and the parties shall act in the spirit of these Rules and shall make every reasonable effort to ensure that an award is legally enforceable*” (tradução livre: “Em todas as matérias não expressamente tratadas nestas regras, a Corte da LCIA, o Tribunal Arbitral e as partes devem agir de acordo com o espírito destas regras e devem realizar todo o razoável esforço para assegurar que uma sentença seja legalmente executável”) (LCIA. **Arbitration Rules**. Disponível em: <http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2032>. Acessado em: 25 Set. 2018).

³⁷⁶ FERRO, Marcelo Roberto. *Op. cit.*, p. 113.

³⁷⁷ DERAINS, Yves. Foreword. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC, Volume 10**. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 6; FERRO,

lógica, o fato de a parte adversa desconhecer contra quem está realmente litigante, isto é, não só com a parte formal do procedimento, contrariaria a boa-fé processual e não conferiria um tratamento justo às partes.

4.1.3 Conclusão Parcial

Dito isso, este trabalho conclui pela necessidade de instituição de um dever geral de revelar o *third-party funding* e defende que sua construção seja feita em forma de proposições jurídicas em legislações locais e regulamento de câmaras, por se tratar de medida necessária à salvaguardar o tratamento justo entre as partes, a independência e imparcialidade dos árbitros e a relação de boa-fé no procedimento arbitral.

Dessa forma, os próximos tópicos serão redigidos e devem ser lidos a partir da premissa da existência de um dever geral de revelação do *third-party funding*. Em sequência, passa-se a discutir algumas questões relacionadas a esse dever.

4.2 SUJEITO PASSIVO DO DEVER DE REVELAR O *THIRD-PARTY FUNDING*

Uma primeira questão que deve ser enfrentada é a de determinar de quem é o ônus de revelar o *third-party funding*. Certamente, o *third-party funder* não está obrigado a proceder tal revelação, até mesmo por não ser parte na arbitragem. Resta, assim, analisar a imputação desse dever a três atores do procedimento: (i) a parte; (ii) o árbitro e (iii) o advogado.

A parte financiada é aquela que se encontra na melhor posição para realizar a revelação do *third-party funding*. Nos documentos que já preveem o dever revelar, comumente, é a parte que carrega esse ônus.³⁷⁸ A melhor recomendação, assim, é a previsão que o ônus de revelar seja alocado para a parte que recebe o financiamento.

Quanto aos árbitros, estes já são instados a realizar revelações sobre fatos e circunstâncias que venham a ferir sua independência e imparcialidade.³⁷⁹ Entretanto, em face da não revelação pela parte do *third-party funding*, o árbitro fica cego quanto a necessidade de revelação de suas relações com este terceiro. Uma alternativa viável a mitigar esta situação seria

Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 107.

³⁷⁸ Nesse sentido, vide princípio A.1 do *Final Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*; vide *General Standard 7* (a) e (c) da *IBA Conflicts*.

³⁷⁹ Artigo 11 da *UNCITRAL Arbitration Rules* (UNCITRAL. **UNCITRAL Arbitration Rules**. Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>>. Acessado em: 26 Ago. 2016.).

imputar ao árbitro o dever, ou ao menos a recomendação, de revelar relações que já teve, tem ou provavelmente venha a ter com *third-party funders* – ao menos nas suas principais figuras, incluindo, *e.g.*, empresas de *dispute funding* e seguradoras. Neste mesmo sentido, Trusz recomenda a inclusão da relação do árbitro com *third-party funders* no objeto de revelação preliminares dos árbitros. A autora argumenta que esse proceder beneficiaria até mesmo o *third-party funder*, que teria acesso a esta informação no início do procedimento.³⁸⁰ Ademais, não se sustenta a argumentação de alguns de que a revelação dessas relações não combateria uma situação concreta, mas sim em abstrato, uma vez que vige, segundo o *General Standard 3* da *IBA Conflicts*, em caso de dúvida sobre se se deve revelar ou não, deve-se decidir em favor da revelação.

Uma questão, entretanto, pode ser suscitada pelo árbitro. Para que este realize tal revelação, no caso de seu próprio escritório ou um de seus clientes terem sido financiados, *e.g.*, será necessário investigar, antes de tudo, a existência de cláusulas de confidencialidade nessas relações de financiamento. Trusz, tentando balancear os interesses em jogo em razão da publicização dessa informação, recomenda que todo material trazido pelo árbitro, pelo menos em caso de arbitragens institucionais, seria direcionado à câmara, que realizaria o *conflict check*, e remanesceriam confidenciais – não expondo ao público, portanto, as relações comerciais do *funder*.³⁸¹

Por fim, quanto aos advogados, é possível a previsão de um dever ético de revelar. Como já salienta, isso já é uma realidade, a partir de 2017, em Singapura, com uma emenda ao *Legal Profession (Professional Conduct) Act 2015*,³⁸² passou-se a impor ao advogado o dever de revelar ao tribunal, judicial ou arbitral, e para as demais partes do procedimento: (i) a

³⁸⁰ “*Information pertaining to an arbitrator’s independence and impartiality shall include information regarding the arbitrator’s relationships with third-party funding corporations*” (tradução livre: “Informações relacionadas à independência e imparcialidade do árbitro deve incluir informações a respeito de relações dos árbitros com *third-party funders*”) (TRUSZ, Jennifer A. Full Disclosure? Conflict of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. In **The Georgetown Law Journal**. Vol 101. 2013. Disponível em: <<https://georgetownlawjournal.org/articles/111/full-disclosure-conflicts-of>>. Acessado em: 18 Ago. 2018, p. 1673); sobre rodadas de investimento em contratos de *funding* vide capítulo 2; assim também BOULLE, Thibault De. “**Third-Party Funding**” in **International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 95.

³⁸¹ TRUSZ, Jennifer A. *Op.cit.*, p. 1674.

³⁸² SINGAPORE. **Legal Profession (Professional Conduct) Act 2015**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/SL/LPA1966-S706-2015>>. Acessado em: 14 jul. 2018.

existência de um contrato de financiamento, e (ii) a identidade e o endereço do *third-party funder*.³⁸³ Apesar disso, trata-se de uma regulação ética ainda não difundida.

Especificamente na hipótese de celebração de um *law firm portfolio financing*, Kaplan indica que qualquer conduta enganosa ou omissiva do advogado da parte financiada a respeito da existência do *third-party funding* implicaria na violação de deveres éticos e profissionais – além da responsabilidade sobre demais danos que a parte venha a sofrer em razão de problemas no procedimento arbitral.³⁸⁴

Apesar de se poder imputar o ônus de revelar aos árbitros e advogados, como salientado, a principal figura que carrega esse ônus, certamente, é a parte financiada – que será o sujeito ao qual nos referiremos nos próximos itens a respeito de outras questões do dever de revelar.

4.3 MOMENTO DA REVELAÇÃO DO *THIRD-PARTY FUNDING*

Uma vez assentado que cabe, mormente, à parte realizar a revelação, é necessário refletir a partir de quando essa obrigação de revelar o *third-party funding* é exigível: isto é, qual o momento em que se deve realizar a revelação?³⁸⁵

Alguns argumentam que seria na primeira oportunidade de se manifestar no procedimento arbitral, mas quando seria esse momento exatamente? O que se busca com a determinação desse marco temporal são eficiência e economia processual. Logo, se se aguardar o início da arbitragem, ou seja, quando o árbitro ou árbitros aceitam a nomeação,³⁸⁶ incorreria em possíveis desperdícios de atos. Todo o processo de indicação e de assinatura de declarações de viabilidade, imparcialidade e independência já teriam passado, e tão somente com a constituição efetiva do Tribunal Arbitral tal avaliação iria se proceder.

³⁸³ § 49A (1) e (2). SINGAPORE. **Legal Profession (Professional Conduct) Act 2015**. Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/SL/LPA1966-S706-2015>>. Acessado em: 14 jul. 2018.

³⁸⁴ Kaplan sustenta tal posicionamento à luz dos arts. 4.4 e 4.5 na *Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of Conduct for European Lawyers*, produzido pelo *Council of Bars and Law Societies of Europe* (CCBE) (KAPLAN, Charles. *Third-Party Funding in International Arbitration Issues for Counsel*. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 75; CCBE. **Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of Conduct for European Lawyers**. Disponível em: <https://www.ccbe.eu/NTCdocument/EN_CCBE_CoCpdf1_1382973057.pdf>. Acessado em: 09 Ago. 2018).

³⁸⁵ SCHERER, Maxi. *Third-Party Funding in International Arbitration. Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements?* In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 97.

³⁸⁶ *Vide* art. 19 da Lei brasileira de arbitragem.

O momento mais adequado para se proceder a essa revelação é no processo de indicação do árbitro. Com este mesmo posicionamento, Ferro indica que, “na consulta prévia feita a um potencial árbitro para a causa, deve ser revelada a participação do terceiro como financiador, a fim de que este árbitro já possa fazer, desde logo, sua checagem de conflito”.³⁸⁷ Em razão disso, perde sentido aquelas regras e recomendações que afirmam – somente – o poder do Tribunal Arbitral de requerer a revelação, como se fosse uma solução ao problema do conflito de interesses.

Veja-se que aquele que for indicado a ser árbitro está sujeito ao dever de investigar, sendo obrigado a realizar certas averiguações antes de prestar seu aceite (*vide General Standard 7 (d) IBA Conflicts*). As partes também estão obrigadas a proceder investigações e revelações em face da indicação dos árbitros (*vide General Standard 7 (a) e (c)*). Esse dever de investigar é anterior à constituição do Tribunal Arbitral e é com base nesse mesmo dever que os integrantes do *Task Force* baseiam suas argumentações no sentido de exigir a revelação do *third-party funding* no processo de indicação dos árbitros.

Além disso, veja-se que caso a parte ou o escritório celebre um contrato de financiamento após a realização do *conflict check*, a revelação deve se proceder no primeiro momento possível após a celebração.

4.4 DESTINATÁRIO DAS INFORMAÇÕES DA REVELAÇÃO DO *THIRD-PARTY FUNDING*

Presente o dever e chegado o momento de revelar, é ainda necessário determinar para quem as informações da revelação do *third-party funding* serão direcionadas.

Via de regra, as informações das revelações prestadas pelo árbitro são disponibilizadas para as partes e, em algumas instituições, para os demais árbitros. Ferro inclusive destaca que essa informação, no Brasil, é direcionada às partes por força do art. 14, § 1º da LA.³⁸⁸

No caso da revelação do *third-party funding* pela parte, a informação prestada por esta é utilizada com objetivo de, dentre outras coisas, viabilizar a avaliação da independência e imparcialidade do árbitro. Dessa forma, o principal sujeito a quem essa informação deve ser

³⁸⁷ FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 111.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 108.

direcionada é o árbitro. Não obstante ser uma verdade, é razoável também afirmar que a avaliação da independência e imparcialidade do árbitro perpassa pela análise da parte.³⁸⁹ Por isso, percebe-se a existência do legítimo interesse da parte contrária àquela financiada em saber contra quem está litigando. Lado outro, é justo o conhecimento da parte adversa da participação do *third-party funder*, tanto por contribuir com eventual fato ou evento, desde o início do procedimento, como por salvaguardar a realização de um procedimento pautado na boa-fé, reduzindo a possibilidade de tumultos processuais supervenientes. Por isso, somos do entendimento que a promoção do mais amplo *conflict check* só é suficientemente realizada quando do conhecimento do árbitro e das demais partes, e também, nos casos de arbitragem institucional, para a própria instituição.

Apesar disso, como dito, o *third-party funder* criar óbice à divulgação da relação de financiamento no procedimento arbitral, para os árbitros, câmara e demais partes. Nesse sentido, Trusz, com o intuito de salvaguardar a confidencialidade proposta no contrato de financiamento, bem como com o objetivo de balancear os interesses do *third-party funder* em manter sigilosa sua relação, propõe que a revelação deveria se proceder para a câmara arbitral, que, em posse das informações, procederia a um *conflict check*. A instituição arbitral, assim, requisitaria do árbitro informações a respeito da identidade de empresas de financiamento de disputas e seguradoras com as quais o próprio árbitro ou seu escritório tenha tido ou tenham relações.³⁹⁰ A instituição arbitral, assim, carregaria o ônus de guarda sigilo de todas as informações que venha a receber.³⁹¹ Dessa forma, por meio dessa estrutura, somente a câmara arbitral teria conhecimento da relação de financiamento. Caso algum conflito existisse a câmara arbitral poderia negar a confirmação do árbitro ao cargo sem revelar as razões de tal decisão.

Veja-se, todavia, que todas as estruturas não envolvendo a revelação da existência e identidade do *third-party funder* para os árbitros são falhas. A mera indicação das empresas de disputas ou seguradoras com as quais o árbitro teve ou tem relação não são suficientes para

³⁸⁹ § 18 (ICC. **Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration**. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>>. Acessado em: 13 jul. 2018).

³⁹⁰ “*Information pertaining to an arbitrator’s independence and impartiality shall include information regarding the arbitrator’s relationships with third-party funding corporations*” (tradução livre: “informações a respeito da independência e imparcialidade do árbitro devem incluir informações sobre relações do árbitro com empresas de financiamento de disputas”) (TRUSZ, Jennifer A. Full Disclosure? Conflict of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. In **The Georgetown Law Journal**. Vol 101. 2013. Disponível em: <<https://georgetownlawjournal.org/articles/111/full-disclosure-conflicts-of>>. Acessado em: 18 Ago. 2018, p. 1674, 1676).

³⁹¹ Nos termos da recomendação C, Trusz afirma que “*The institution shall keep confidential all third-party information that it receives from the parties*” (tradução livre: “a instituição deve manter confidencial todas as informações de terceiros que venha a receber das partes”) (*Ibidem*, p. 1675).

garantir a independência e imparcialidade. Como se destacou no capítulo 3, o *third-party funder* pode assumir as vestes de diversos sujeitos, inclusive, mas não só, empresas de financiamento de disputas. Caso, *e.g.*, o terceiro seja um oponente comercial ou uma ONG, o *conflict check* não filtraria eventuais relações caso o árbitro tivesse quotas sociais ou ações na empresa oponente comercial, ou mesmo integrasse essa ONG.

Em sede de arbitragem *ad hoc*, por outro lado, Trusz indica que, nas relações que um *appointing authority* já for especificado pelas partes na cláusula compromissória, as partes deveriam realizar a revelação do *third-party funding* para o mesmo. Da mesma forma, mantendo sigilo das informações, o *appointing authority* requisitaria, se já não houver disponibilidade, informações dos árbitros a respeito de *third-party funding* e, se necessário, sobre eventuais relações com o próprio *third-party funder* da parte.³⁹² Inexistente acordo prévio sobre o *appointing authority*, à luz da *UNCITRAL Arbitration Rules*, recorrer-se-ia ao *Secretary-General of the PCA*, que atuaria como *appointing authority*. Apesar de ser uma solução, além de criar um custo extra no procedimento e gerar certa estranheza para os árbitros e parte contrária do envolvimento do *appointing authority*, em um procedimento do qual não terão conhecimento, Trusz reconhece que possivelmente os árbitros acabarão tendo ciência da existência do *third-party funder*.³⁹³ Uma outra possibilidade para arbitragens *ad hoc*, ainda mais naquelas nas quais inexistente prévio acordo sobre *appointing authority*, seria a revelação direcionada exclusivamente aos árbitros. Estes, assim, cientes da existência e identidade do *third-party funding*, emitiriam sua declaração de independência e imparcialidade já compreendendo a pessoa e os interesses desse terceiro.

4.5 EXTENSÃO DA REVELAÇÃO DO *THIRD-PARTY FUNDING*

Questão polêmica diz respeito a extensão da revelação necessária a combater possíveis conflitos de interesses do árbitro com os sujeitos abarcados pela definição de *third-party funder*, dissecada no capítulo 3. Nesse sentido, é debatido (4.5.1) se seria abarcado pelo dever de revelar somente a existência e identidade do *third-party funder*, ou (4.5.2) se faria necessário ou existiriam certas situações nas quais se deveriam revelar o contrato de financiamento ou outros documentos.

³⁹² TRUSZ, Jennifer A. Full Disclosure? Conflict of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. In **The Georgetown Law Journal**. Vol 101. 2013. Disponível em: <<https://georgetownlawjournal.org/articles/111/full-disclosure-conflicts-of>>. Acessado em: 18 Ago. 2018, p. 1680.

³⁹³ *Ibidem*, p. 1681.

4.5.1 Revelação da Existência e Identidade do *Third-Party Funder*

Antes de tudo, registre-se que, as empresas de financiamento de disputas, segundo Marcela Kohlbach de Faria, buscam e querem revelar sua identidade como forma de elidir quaisquer tumultos processuais supervenientes.³⁹⁴ Esses agentes são, certamente, um dos que têm o maior interesse em garantir a inexistência de vícios capazes de anular a sentença arbitral.³⁹⁵

Os princípios A.1 e A.2, recomendados pela ICCA-*Queen-Mary Task Force*³⁹⁶, preveem que a revelação da parte deve abarcar a existência e identidade do *third-party funder* – o que, em nosso sentir, parece ser a medida mais razoável.

Quanto a questão da extensão da revelação, a IBA *Conflicts* somente indica que, em certas situações, um teste objetivo – isto é, do ponto de vista um terceiro razoável que tenha conhecimento das questões relevantes do caso (“*reasonable third person having knowledge of the relevant facts and circumstances*”) – deve prevalecer ao invés de uma análise subjetiva, a partir do ponto de vista de uma das partes,³⁹⁷ que pode desejar *in casu* uma revelação mais extensiva.

Apesar de pleitos por uma maior extensão na revelação, a existência e identidade dão conta de satisfazer, *a priori*, as necessidades de uma investigação sobre a independência e imparcialidade do árbitro.

4.5.2 Revelação do Contrato de *Funding* e Outros Documentos

Como salientado, pode-se querer se discutir se a revelação do contrato de financiamento, bem como de outros documentos relacionados ao seu processo de celebração do contrato, deveriam ser objeto de um dever genérico de revelar.

³⁹⁴ Entrevista realizada com Marcela de Faria Kohlbach, no dia 15 de maio de 2018, no Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

³⁹⁵ CREMADES, Bernardo. Concluding Remarks. *In*: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 155.

³⁹⁶ ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 81.

³⁹⁷ IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018, p. 19.

A revelação, entretanto, “não precisa ir tão longe a ponto de se informar sobre os detalhes do acordo de financiamento”,³⁹⁸ haja vista que este não carrega, normalmente, informações essenciais para a realização do *conflict check*.

Lévy e Bonnan sustentam que a obrigação de revelação do contrato de financiamento somente se justificaria em face da necessidade de se revelar um fato ou circunstância.³⁹⁹ Boulle, inclusive, é do posicionamento de que, caso o *third-party funder* exerça significativo controle sobre o procedimento e exista alguma dúvida sobre a independência e imparcialidade do árbitro, o contrato de financiamento deveria ser revelado.⁴⁰⁰

Já existem decisões denegando pedidos de revelação do contrato de financiamento. No caso *Guaracachi and Rurelec v. Bolivia*, sobre a administração do *Permanent Court of Arbitration* (PCA), o demandado, tendo notícia da existência de que o demandante havia contraído financiamento, requisitou ao Tribunal Arbitral a revelação do contrato de financiamento sobre o fundamento de que seriam essenciais para se avaliar a existência de conflitos de interesses dos árbitros. O pedido foi, entretanto, indeferido porque o Tribunal Arbitral, que entendeu que o demandante não demonstrou especificamente o que no contrato de financiamento poderia gerar conflitos de interesses – ainda mais se tendo em vista que a identidade do *third-party funder* tinha se tornada pública e que os árbitros haviam ratificado sua independência e imparcialidade em face deste terceiro.⁴⁰¹ Sob outro fundamento, no caso *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, em face do pedido de revelação do contrato de *funding*, o Tribunal decidiu que a fonte de financiamento da parte não era importante para a decisão.⁴⁰²

Por outro lado, também não entendemos ser razoável se exigir a divulgação de documentos preparados pelo *third-party funder* quando da avaliação do caso e da realização da *due diligence*. Até mesmo porque, muito provavelmente, estes documentos não estarão em posse da parte, uma vez que, via de regra, não são entregues pelo *third-party funder* à parte. E

³⁹⁸ FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitradores por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 114.

³⁹⁹ LÉVY, Laurent; BONNAN, Régis. Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 85.

⁴⁰⁰ BOULLE, Thibault De. “**Third-Party Funding**” in **International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018, p. 90.

⁴⁰¹ GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure**. 1ª ed. [S.L.]: Kluwer Law International, 2016, p. 134.

⁴⁰² *Ibidem*, loc. cit.

ainda assim, caso a parte tenha essas informações, possivelmente se encontrará barreiras relacionadas à confidencialidade desses documentos.⁴⁰³

Existem algumas razões para as empresas de financiamento de disputas não desejarem descortinar tais documentos. Através da revelação do contrato de financiamento e documentos preparatórios (*travaux préparatoires*) mostram-se ao mercado os parâmetros negociais utilizados pelas empresas, precifica-se o valor da causa e quanto à outra parte pode esperar receber.⁴⁰⁴ Além disso, como uma externalidade, pode-se aludir também a própria influência do conteúdo desta revelação nas condições de celebração de contratos futuros – ainda mais no mercado restrito da arbitragem internacional.⁴⁰⁵

Dessa forma, quanto ao contrato de financiamento e demais documentos, somos do posicionamento de que sua revelação somente deve ocorrer quando, excepcionalmente, estiver presente uma razão de direito legítima, como, *e.g.*, em razão de, incidentalmente, constatar-se um excessivo controle do *third-party funder* ao ponto de ser justificável a investigação das cláusulas contratuais para se concluir se ocorreu uma cessão total do objeto litigioso. Além disso, registre-se que a produção desse documento como acontecer tanto por requerimento da parte como através de determinação *ex officio* do Tribunal Arbitral – tudo, entretanto, através do regime jurídico de produção de documentos (*document production*). Nesse sentido, os referidos documentos serão tratados como uma evidência/prova no procedimento a ser produzida para solucionar uma determinada questão processual ou elucidar um dado fato.⁴⁰⁶

Por se tratar de arbitragem internacional, certas discussões podem ser travadas a respeito da forma, método e escopo da produção dessa prova – muito em razão do choque de

⁴⁰³ Apesar de não ser objeto deste trabalho, anote-se a discussão quanto à possível renúncia ou a violação da confidencialidade de documentos transacionados entre a parte ou seu advogado com o *third-party funder* (LÉVY, Laurent; BONNAN, Regis. *Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings*. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 90).

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 79.

⁴⁰⁵ TEXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. **O Financiamento da Arbitragem por Terceiros e o Dever de Revelação**. (2016). Disponível em: <<http://www.cbar.org.br/blog/artigos/o-financiamento-da-arbitragem-por-terceiros-e-o-dever-de-revelacao>>. Acessado em: 21 Mar. 2018, p. 4.

⁴⁰⁶ “*a third-party funding agreement should be treated as any other piece of documentary evidence that may need to be produced in order for the tribunal to decide on the respective procedural issue, provided that the arbitral tribunal has power to order production of documents*” (tradução livre: “o contrato de financiamento de disputas deve ser tratado como qualquer evidência documental que possa ser produzida para que o Tribunal Arbitral decida a respeito de uma questão procedimental, uma vez que o Tribunal Arbitral tem o poder para ordenar a produção de documentos”) (GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure**. 1ª ed. [S.L.]: Kluwer Law International, 2016, p. 133).

tradições de *common law* e *civil law*, por força, dentre outras coisas, da colisão de certos conceitos, tais como, *e.g.*, *document production*, *discovery* e *disclosure*.⁴⁰⁷

O uso do termo *disclosure* (traduzido para o português como revelação), na arbitragem internacional, gera certas divergências. Não será, todavia, objeto deste trabalho o detalhamento destes conceitos e sistemas de produção de prova, cabendo, no entanto, apenas dissertar acerca das principais práticas no que tange à revelação do contrato de financiamento e demais documentos.

Como uma tentativa de conciliar as expectativas legais das partes (*normative expectations*), pode-se recorrer às regras e premissas descritas na *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (IBA Rules)*.⁴⁰⁸ Esta é referenciada por Tribunais Arbitrais e autores como a consolidação das melhores práticas internacionais sobre *document production*.⁴⁰⁹

Alguns casos arbitrais já se valeram das premissas do *document production* como forma de revelar o contrato de financiamento. No caso *Guaracachi and Rurelec v. Bolivia*, o

⁴⁰⁷ GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure**. 1^a ed. [S.L.]: Kluwer Law International, 2016, p. 133. A título de esclarecimento, pode-se trazer à baile certos conceitos e posições. O sistema de *common law* buscam a verdade, por isso valem-se do sistema de *discovery of documents*, ou simplesmente *disclosure*, como um processo de *fact-finding*. Esta é a justificativa para a revelação de documentos pela parte, antes do início do procedimento, mesmo que seja contrário ao caso da parte, tendo-se em vista que o fim último é o encontro da verdade. Por esta ótica, nenhuma das partes deveria obter proveito de documentos não revelados – o mútuo acesso aos fatos e documentos garantiriam a paridade de armas. Assim, na Inglaterra e nos países de Gales, o instrumento do *disclosure* requer da parte a revelação de uma lista de documentos, sejam eles favoráveis ou não ao seu caso. Certos documentos são submetidos à inspeção da outra parte – porém, nem todos. De modo similar, *discovery* nos Estados Unidos, *e.g.*, é um instrumento de obtenção de informação no processo. Incluem-se provas outras não só documentais, tais como, *e.g.*, depoimentos e interrogatórios. De um outro lado, o termo *document production* pode ser desenhado como um instrumento processual utilizado para se desnudar documentos, isto é, evidências escritas. Refere-se, assim, à produção de um documento específico, ou categoria de documentos – não se constituindo uma obrigação automática quando do início do procedimento. O pedido de produção de documentos é realizado, inicialmente, dentro do procedimento de uma parte para outra – endereçando uma cópia da solicitação ao Tribunal Arbitral. Em caso de a parte contrária se recusar a produzir o documento, a parte requerente pode pedir ao Tribunal Arbitral que emita uma ordem de produção do documento. Anote-se, entretanto, que o Tribunal tem o poder de emitir essa ordem *ex officio* presente certos requisitos (MARGHITOLA, Reto. **Document Production in International Arbitration**. International Arbitration Law Library. Volume 33. [S.L.]: Wolters Kluwer, 2015, p. 1-12).

⁴⁰⁸ LÉVY, Laurent; BONNAN, Regis. Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 79.

⁴⁰⁹ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION – IBA. **Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration**. (2010). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018.

Tribunal valeu-se das premissas da *IBA Rules*, fundamento a favor da necessidade de revelação do contrato de financiamento como forma de se avaliar a concessão de *security for cost*.⁴¹⁰

Nesse sentido, Goeler afirma que, para a parte ter sucesso no pedido de produção de documentos, deverá demonstrar que o documento está na posse da parte contrária, que o documento é relevante para se obter uma conclusão jurídica, e que o documento seja suficiente para uma completa avaliação do problema levantado.⁴¹¹

No caso *Miller UK Ltd. and Miller International Ltd. v. Caterpillar Inc.*, pois, já se consignou que não existe uma particularidade especial no requerimento de produção de documentos de contrato de financiamento. Dessa forma, é necessário se aplicar ao requerimento de produção do documento os parâmetros estabelecidos no artigo 3 da *IBA Rules*. Nos termos deste, a parte é obrigada a: (i) identificar o documento ou a categoria que quer produzir; (ii) descrever em detalhes, indicando o assunto, o documento ou a categoria; (iii) justificar porque a produção é necessária; e (iv) demonstrar ou suscitar indícios de que o documento ou a categoria de documento se encontram com a parte contrária.⁴¹² Não somente é requisito identificar o documento, como também indicar quais seriam os termos ou assunto dessa documentação que seriam relevantes para o deslinde da questão. Assim, apresentado o requerimento de produção, segundo o artigo 3(5) da *IBA Rules*, a parte contrária a quem se endereça o pedido de produção poderia apresentar por escrito suas objeções.

O pedido será avaliado pelo Tribunal Arbitral, conforme o artigo 9 da *IBA Rules*, que decidirá sobre uma admissibilidade, relevância, materialidade e a significância. O referido artigo prevê no item (2) as hipóteses pelas quais o Tribunal pode indeferir a medida.

Além disso, registre-se que na maioria das jurisdições não se é possível obter documento de terceiros estranhos ao procedimento arbitral. Entretanto, caso seja necessária tal medida, recusando-se o terceiro a fornecer determinada informação de forma voluntária, pode-se recorrer ao Judiciário. Esse auxílio, por vezes, é evitado na arbitragem internacional por provocar um *delay* no processo.⁴¹³

⁴¹⁰ GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure**. 1ª ed. [S.L.]: Kluwer Law International, 2016, p. 134.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 137.

⁴¹² LÉVY, Laurent; BONNAN, Regis. Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 79.

⁴¹³ MARGHITOLA, Reto. **Document Production in International Arbitration**. (International Arbitration Law Library. Volume 33). Wolters Kluwer, 2015, p. 6.

4.6 DESCUMPRIMENTO DO DEVER GERAL DE REVELAÇÃO DO *THIRD-PARTY FUNDING*

Uma vez assentado a necessidade de se instituir um dever geral de revelação do *third-party funding*, bem como estabelecidas algumas premissas da sua realização, é importante se analisar quais seriam as consequências diretas do descumprimento do dever de revelar o *third-party funding* pela parte. As repercussões que aqui discutimos, entretanto, restringem-se exclusivamente ao inadimplemento da obrigação de revelar em si.

O descumprimento do dever de revelar cria um risco adicional e desnecessário à higidez e legitimidade do procedimento.⁴¹⁴ A não revelação, ao fim, coloca em perigo o próprio investimento das partes na eleição via arbitral, que, ao invés de reduzir custos de transação relacionados à prestação jurisdicional e desenvolver um sistema de incentivos mais favorável ao adimplemento contratual, implica no prolongamento injustificado ao acesso à justiça. Os entrevistados pela White & Case, inclusive, destacaram que, se for necessário, os árbitros devem se valer mais dos seus poderes de condução do procedimento com o fito de aplicar sanções pecuniárias à táticas protelatórias utilizadas por partes e advogados – que podem se valer da não revelação como uma estratégia processual.⁴¹⁵ À luz desse cenário, é importante se estudar a natureza e os efeitos do descumprimento do dever de revelar pela parte.

Na classificação dos fatos jurídicos ilícitos de Marcos Bernardes de Mello, enquadra-se a violação do dever de revelar no conceito de ato ilícito relativo, que se configura pela violação de deveres jurídicos negociais ou contratuais.⁴¹⁶ O descumprimento do dever de revelar é, portanto, ato ilícito, que pode, ou não, implicar em consequência.

Mas quais seriam essas possíveis consequências decorrentes do descumprimento do dever de revelar? Para responder essa pergunta é necessário o estudo da eficácia dos atos

⁴¹⁴ ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration**. [S.L.]: Oxford University Press, 2014, p. 209.

⁴¹⁵ WHITE & CASE. **2018 International Arbitration Survey**. Disponível em: <<https://www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration>>. Acessado em: 04 Set. 2018, p. 27.

⁴¹⁶ “a ilicitude importa sempre contrariedade a direito, porque se configura em situações que consubstanciam a não realização da ordem jurídica, implicando violação de suas normas” (p. 279) [...] “Constitui ato ilícito *lato sensu* toda ação ou omissão voluntária, culposa ou não, conforme a espécie, praticada por pessoa imputável que, implicando infração de dever absoluto ou relativo, viole direito ou cause prejuízo a outrem” (p. 301 e 301) [...] “o ato ilícito relativo se configura pela violação de deveres resultantes de relações jurídicas de direito relativo, nascidas, portanto, de negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*. A essa espécie costuma-se denominar *ato ilícito contratual*, ou simplesmente *ilícito contratual*” (p. 307) (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 20ª Ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014).

ilícitos. Segundo a teoria geral, um ato ilícito pode ter eficácia: (a) nulificante; (b) caducificante e (c) indenizatória.⁴¹⁷

(a) A primeira eficácia possível do ato ilícito cinge a sanção que o ordenamento pode impor de invalidar os atos já praticados cujo suporte fático contenha contrariedade a direito.⁴¹⁸ À essa lógica deve-se aplicar o regime de das invalidades processuais, pois nada mais é a arbitragem do que um processo, isto é, uma concatenação de atos realizados em contraditório. Através do sistema de invalidades processuais estabelece-se que inexistirá decretações de invalidades sem prejuízo. Assim, a decretação de nulidade de um ato depende da composição do suporte fático por: ato ilícito e prejuízo.⁴¹⁹ Nesse contexto, Fredie Didier explica que “há prejuízo sempre que o defeito impedir que o ato atinja a sua finalidade”, e para tanto deverá ser demonstrado caso a caso.⁴²⁰

Com o descumprimento do dever de revelar, é certo que a parte financiada pratica um ato jurídico ilícito. O não cumprimento desta obrigação, entretanto, não causa por si um prejuízo justamente porque seu objetivo é obstar previamente a ocorrência de um prejuízo. Logo, estará a demonstração desse prejuízo à prova de que o árbitro se encontrava dependente ou parcial – o que, ao fim, resultaria na constatação do não alcance da finalidade do ato processual (revelação), que alberga a garantia de um tratamento justo entre as partes por meio de julgador independente e imparcial. Como já salientado neste trabalho, a exigência de produção de prova sobre a condição de espírito do árbitro e sobre fatos que comprovem a falta efetiva de independência e imparcialidade, mostra-se extremamente excessiva, caracterizando-se como prova diabólica.

A eficácia nulificante do ato ilícito de descumprimento do dever de revelar, assim, em nosso sentir, deverá estar subjulgada apenas à demonstração de fatos mínimos que impliquem em dúvidas razoáveis sobre a independência e imparcialidade do árbitro – sempre à luz de parâmetros e padrões de conduta, como, *e.g.*, as hipóteses elencadas nas listas da IBA *Conflicts*.

⁴¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 20ª Ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 308 e *et.seq.*

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 311.

⁴¹⁹ “O sistema das invalidades processuais é constituído para que não haja invalidades. [...] A invalidação do ato deve ser vista como solução de *ultima ratio*. [...] o juiz deve avaliar se o defeito é irrelevante, senão é possível aproveitar o ato como se fosse outro ou se não é possível corrigir o defeito; caso nada disso possa ser feito, então, o ato deve ser invalidado” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 17ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 400 e *et.seq.*).

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 404.

(b) Uma segunda eficácia possível dos atos ilícitos é a caducidade de um direito, isto é, a perda de um direito. A esse respeito, uma questão polêmica diz respeito a se uma dada parte financiada, não realizando a revelação do *third-party funding*, na primeira oportunidade que teve, poderia suscitar questões de conflitos de interesses entre um dos árbitros e o *third-party funder* que a financia. Veja-se que nestas situações, a parte financiada poderia esconder esta relação como uma “carta de baixo da manga”, alegável em caso, *e.g.*, de um resultado desfavorável ao seu interesse. Ferro, sobre isso, indica que se trataria de uma reserva ilegítima do direito de anular uma futura sentença desfavorável sob o argumento de conflitos de interesses dos árbitros, uma vez que a ninguém é dado o direito de se beneficiar da própria torpeza.⁴²¹

O sistema de invalidades processuais alinha-se com esse posicionamento no sentido de vedar a adoção de comportamentos contraditórios (vedação do *venire contra factum proprium*), por ofender o princípio da lealdade processual (e também o princípio da confiança e da proteção) e da boa-fé processual.⁴²² Ocorria, assim, uma preclusão lógica do direito das partes financiadas de alegar conflitos de interesses do árbitro com o *third-party funder* – seja este conflito alegado para lhe beneficiar ou para lhe prejudicar.

Pode-se suscitar, entanto, que, nesses casos em que a parte financiada não revela e depois suscita conflitos de interesse entre o árbitro e o *third-party funder* que lhe financia, não se estaria praticando um *venire contra factum proprium* sob a alegação de que a parte não tinha ciência da relação que supervenientemente de desnudou. A discussão principal neste ponto reside em se saber de quem seria o ônus da prova. Em nosso entender, não é razoável exigir que a parte contrária tenha que fazer prova do conhecimento ou do provável conhecimento da parte financiada da relação entre o *third-party funder* e o árbitro. A parte financiada assume o ônus de ter contra si uma presunção de conhecimento de todas as possíveis relações entre o *third-party funder* e o árbitro. Caso contrário, constatada uma relação entre o *third-party funder* e o árbitro, para fins de caducidade do direito de alegar conflitos de interesse, teria-se que se imputar à parte contrária o ônus de provar essa ciência prévia da parte financiada. Assim, nesta situação, podemos aplicar analogicamente a parte final do *General Standard 7(d)* da *IBA Conflicts*,⁴²³ que estabelece que a falha no dever de revelar do árbitro não é escusável por falta

⁴²¹ FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. In ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 113.

⁴²² DIDIER JR., Fredie; NOGUERIA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 201, 99 e *et seq.*

⁴²³ *General Standard 7 (d)*: “An arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to identify any conflict of interest, as well as any facts or circumstances that may reasonably give rise to doubts as to his or her impartiality

de conhecimento, se o árbitro não realizar investigações mínimas necessárias. Nesta mesma lógica, a parte financiada tem o ônus de constituir prova em contrário à presunção contra si de conhecimento de todas as relações existentes entre o *third-party funder* e o árbitro no sentido de demonstrar que adotou medidas cabíveis e razoavelmente para evitar a existência de possíveis conflitos.

Sobre essa mesma situação, caso o ato de descumprimento implique na caducidade do direito da parte financiada alegar conflito de interesses dos árbitros com o *third-party funder*, conclui-se que uma possível predisposição do árbitro passa a ser aceita em face do comportamento da parte financiada – que, de tudo, parece-nos razoável, porém passível de ser poderável no caso concreto. Não obstante nosso posicionamento, à luz das exigências de independência e imparcialidade do árbitro em certas jurisdições, tal posicionamento, *a priori*, não vigaria. A exemplo do caso Abengoa, analisado no item 4.1.2.2, a ordem pública de certos Estados obstaría a caducidade do direito e a renúncia da independência e imparcialidade do árbitro nestas situações, sempre com base de parâmetros de conduta.

(c) Uma última e terceira eficácia possível do ato ilícito é a indenizatória. Sem aqui perquirir os pressupostos do dever de indenizar, salvo nos casos de dano presumido, um dos elementos essenciais para se deflagrar a obrigação de indenizar é a prova do dano sofrido.⁴²⁴ Dessa forma, não necessariamente a prática de um ato jurídico ilícito implicará em uma eficácia indenizatória. Não se pode falar em dever de indenizar decorrente *ipso facto* do não cumprimento do dever de revelar o *third-party funding*, que, apesar de se caracterizar como ato ilícito, carece da prova do dano decorrente deste inadimplemento obrigacional.

Sobre este tema, é pertinente ainda a discussão sobre se a superveniente e tardia constatação, em razão da não revelação prévia pela parte, de relações entre o árbitro e o *third-party funder* implicaria, por si, no dever de indenizar.

Essa constatação tardia da existência dessas relações, entretanto, não prescinde, para constituir o dever de indenizar, da comprovação da ocorrência de dano. Nesse sentido,

or independence. Failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge, if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries” (tradução livre: “um árbitro está sujeito ao dever de realizar investigações razoáveis para identificar qualquer conflito de interesses, assim como qualquer fato que razoavelmente der razão para se duvidar da imparcialidade e independência dele ou dela. A falha de revelar um conflito não é excusável por falta de conhecimento, se o árbitro não realizar investigações razoáveis”) (IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.** (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018).

⁴²⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil:** da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 189-191.

caso a parte demonstre, *e.g.*, atraso no procedimento ou custos adicionais decorrentes de tumultos processuais derivados daquele fato, estaria preenchido o pressuposto da comprovação dano. Assim também ocorreria no caso, *e.g.*, de instauração do procedimento de anulação ou mesmo na própria anulação da sentença arbitral. Para além dos danos concretos, de custos e despesas, é perceptível também, a depender dos fatos do caso, a violação aos princípios da cooperação e econômica processual,⁴²⁵ o que pode deflagrar a aplicação de multas correccionais pelo Tribunal Arbitral.

Ademais, registre-se que, caso o descumprimento do dever de revelar decorra da impossibilidade de prestar ou cumprir tal obrigação, desde que prove a existência de fato alheio a sua vontade, entendemos que, apesar da eficácia nulificante ser uma consequência inderrogável, sempre à luz do sistema de invalidades, as eficácias caducificante e indenizatórias não teriam aplicação. Isso porque ambas eficácias pressupõe uma conduta volitiva da parte, mas esta, no momento do descumprimento do dever, encontrava-se impossibilitada de praticar uma conduta diversa, seja por caso fortuito, força maior ou fato de terceiro⁴²⁶ – o que, ao fim, obsta a precusão de dirietos ou a constituição do dever de indenizar.⁴²⁷

Para além das discussões das eficácias supramencionadas, não é defensável a alegação de conflitos de interesses do árbitro somente pelo descumprimento do dever de revelar – sob a alegação de que sua independência e imparcialidade estariam desde logo comprometidas. A IBA *Conflicts* prevê que a não revelação pelo árbitro de um fato ou circunstância não podem, por si só, implicar na parcialidade ou dependência deste – mas somente o referido fato ou circunstância não revelado que podem ensejar, ou não, sua desqualificação.⁴²⁸ Nesse mesmo sentido, somos do posicionamento que tal entendimento deve ser aplicado analogicamente às questões de conflito de interesse envolvendo *third-party funding*, seja pela não revelação do fato ou circunstância pelo árbitro ou pela parte. Isto é, somente as peculiaridades do caso concreto, à luz dos parâmetros e padrões de independência

⁴²⁵ DIDIER JR., Fredie; NOGUERIA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 201, 95 e *et.seq.*

⁴²⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação a diluição dos danos. 6ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 68.

⁴²⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 20ª Ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 307

⁴²⁸ Scherer, apesar de ser do posicionamento de que se deve instituir um dever de revelar, não responde à pergunta a respeito de qual seria a possível e adequada sanção para o descumprimento de tal obrigação (SCHERER, Maxi. *Third-Party Funding in International Arbitration. Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements?* In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration**: Dossiers – ICC, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 99).

e imparcialidade, como, *e.g.*, as listas arroladas na IBA *Conflicts*, podem dar azo à desqualificação ou não de um árbitro. Esse critério, inclusive, deve ser aplicado na avaliação das relações entre o árbitro e *third-party funder* por força do *General Standard 6(b)*, que equiparam, em abstrato, *third-party funders* e outras figuras à parte unicamente para fins de conflitos de interesses.⁴²⁹

Veja-se, *e.g.*, que nos Estados Unidos, nos casos anulação ou execução de sentença arbitral, o procedimento de *discovery* é concedido – apesar de ser raro seu deferimento nestes casos– somente quando presente certos elementos.⁴³⁰ Isto é, quando a parte alega a parcialidade do árbitro ou um erro de conduta do árbitro, requerendo um procedimento de produção de prova para constatar sua alegação, este somente é deferido caso a parte se desincumba do ônus de provar fatos mínimos que germ dúvida razoável sobre a independência e imparcialidade do árbitro.⁴³¹ Ou seja, apenas fatos claramente demonstrados são aptos a dar azo à dúvidas e desqualificações dos árbitros.

Dessa forma, no nosso entender, não se pode considerar o árbitro como parcial ou dependente unicamente pela ausência de cumprimento do dever de revelar pela parte. O descumprimento do dever de revelar pela parte não implica *ipso facto* na desqualificação da independência e imparcialidade do árbitro.

Ao fim, cumpre-se, pelo menos, fazer referência à importante e atual discussão sobre quais seriam os efeitos e entendimentos a respeito do não conhecimento pelo árbitro de uma situação caracterizadora de conflitos de interesses. O que se pode dizer é que não existe um entendimento pacificado a cerca das consequências desse não conhecimento na arbitragem

⁴²⁹ *Vide* item 5.1.1.

⁴³⁰ “*discovery in post-award actions cannot be fishing expeditions and bare allegations of disputed facts that may give rise to a ground for challenging an award are not sufficient to justify discovery in a post-award action. Instead, the party must come forward with clear and credible evidence demonstrating that there is a sound basis for the factual allegation regarding which discovery is sought*” (tradução livre: “Ações de *discovery* após a sentença não podem ser *fishing expeditions*, e alegações deprovidas de fatos que possam dar azo à impugnação da sentença não são suficientes para justificar *discovery* em ações pós sentença. Ao invés, a parte deve ser direta e trazer clara e verosímil evidência demonstrando que existe base relevante para as alegações de fato a respeito do pedido de *discovery*”) (THE AMERICAN LAW INSTITUTE. **Restatement of the Law Third of The U.S. Law of International Commercial Arbitration**. Disponível em: <http://arbitrateatlanta.org/wp-content/uploads/2012/04/US-InterComArbit_CD3_Booked.pdf>. Acessado em: 26 Ago. 2018, p. 406).

⁴³¹ ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration**. [S.L.]: Oxford University Press, 2014, p. 201.

internacional,⁴³² não obstante se trate de questão já abordada nas cortes nacionais,⁴³³ e que merece um estudo detalhado.

⁴³² ROSS, Alison. **The Dynamics of Third-Party Funding III**. (2012). Disponível em: <<https://fulbrookmanagement.com/the-dynamics-of-third-party-funding-iii/>>. Acessado em: 03 Mar. 2018, p. 6; ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018, p. 114.

⁴³³ *Vide* item 4.1.2.2.

CONCLUSÃO

A realização do presente estudo permitiu-nos concluir pela necessidade de se instituir e regulamentar um dever geral de revelação do *third-party funding* na arbitragem internacional.

Diversos personagens podem pôr as vestes da figura de *third-party funders*, cuja caracterização não deve estar vinculada à parâmetros rígidos de determinados conceitos, tendo-se em vista que a cada momento uma nova forma de recurso e suporte material e financeiro pode veicular uma estrutura apta à causa conflitos de interesses do árbitro.

A necessidade de se salvaguardar um tratamento justo entre as partes, através da preservação da independência e imparcialidade dos árbitros e garantia da consecução de um procedimento pautado na boa-fé, impõe a construção de um regramento processual adequado a concretizar estes objetivos.

Por meio de um estudo das possíveis estruturas de interesses de um *third-party funder*, este trabalho reflete e conclui que o dever geral de revelação do *third-party funding* é imprescindível e que carrega em si, como finalidade última, a realização daqueles objetivos. O resultado do cumprimento do dever de revelar não é imediato. Seus frutos são percebidos pela precaução da colheita do maior número de informação sobre relações que possam dar azo a conflitos de interesses com os árbitros. Trata-se de uma conduta de cautela e de proteção ao investimento das partes da eleição da via arbitral.

Certamente, dentre os atores do procedimento, as partes são aquelas que se encontram na melhor posição de fornecer tais informações, o mais cedo possível, acerca da existência e identidade de *third-party funders* para os árbitros, demais partes e para a instituição arbitral. O conteúdo dos contratos de financiamento deve se manter confidencial, salvo em casos particulares, nos quais, através de um procedimento de *document production*, é demonstrada a relevância de se desnudar uma dada informação.

Sendo certo que, apesar de inexistir um tratamento uniforme quanto à revelação do *third-party funding*, dentre todos os diplomas estudados nesta pesquisa, os ICCA-*Queen Mary Task Force Principles on Third-Party Funding* apresentam, em nossa conclusão, os melhores padrões de condutas a serem adotadas atualmente na arbitragem internacional.

REFERÊNCIAS

- AFFAKI, Bachir Georges. A Financing is a Financing is a Financing. *In*: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration**: Dossiers – ICC, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 10-14.
- ALF. **2018 Code of Conduct**. Disponível em: <<http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>>. Acessado em: 07 Out. 2018.
- ARBITRANET. **Preços**. Disponível em: <<https://arbitranet.com.br/precos/>>. Acessado em: 02 jun. 2018.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. Constituição e Arbitragem: Dever de Revelação, Devido Processo Legal. *In* ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 91-99.
- BOGART, Christopher P. Overview of Arbitration Finance. *In*: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration**: Dossiers – ICC, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 50-56.
- BOTTINI, Gabriel. Should Arbitrators Live on Mars? Challenge of Arbitrators in Investment Arbitration. *In* **Suffolk Transnational Law Review**. 32 Suffolk Transnat'l L. Rev. 341 Symposium. 2009.
- BOULLE, Thibault De. **“Third-Party Funding” in International Commercial Arbitration**, Tese de *Master Degree*. Ghent University. Faculty of Law. 2013-2014. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 20 jun. 2018.
- BRASIL. **Decreto 4.311/02 (Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm>. Acessado em: 27 jun. 2018.
- BRASIL. **Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil Brasileiro de 2015)**. Acessado em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Disponível em: 24 jun. 2018.
- BRASIL. **Lei 5.869 (Código de Processo Civil Brasileiro de 1973)**. Acessado em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm>. Disponível em: 24 jun. 2018.
- BRASIL. **Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem do Brasil)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acessado em: 24 jun. 2018.
- BUFORD. **Burford Capital Receives \$26 Million From Innovative Corporate Debt Facility Backed By Arbitration Claim**. Press Release. (03 de junho de 2014). Disponível

em: <<http://www.burfordcapital.com/newsroom/burford-capital-receives-26-million-from-innovative-corporate-debt-facility-backed-by-arbitration-claim/>>. Acessado em: 29 jul. 2018.

BURFORD CAPITAL LTD., **Admission To Trading on AIM (Alternative Investment Market) Document**. Disponível em: <<http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2016/09/burford-admission-document.pdf>>. Acessado em: 11 Ago. 2018.

BURFORD. **2017 Litigation Finance Survey**. Disponível em: <<http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2017/09/Burford-2017-Litigation-Finance-Research-Whitepaper.pdf>>. Acessado em: 03 Set. 2018.

CAM-CCBC. **Administrative Resolution 18/2016**. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/2890/resolucao-administrativa-182016/en-US>>. Acessado em: 12 jul. 2018.

CAM-CCBC. **Tabela de Despesas 2017**. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Noticias/5069/tabela-de-despesas-2017> >. Acessado em: 28 mai. 2018.

CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o novo paradigma do *Third Party Funding***. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador Claudio Finkelstein. São Paulo. 2014. 230 f.

CCBE. **Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of Conduct for European Lawyers**. Disponível em: <https://www.ccbe.eu/NTCdocument/EN_CCBE_CoCpdf1_1382973057.pdf>. Acessado em: 09 Ago. 2018.

CHANG, Eric Z. **Portfolio Funding, Decoded: An Interview With Iain McKenny of Vannin Capital**. (2017). Disponível em: <<http://third-party-funding.org/blog/portfolio-funding-decoded-interview-iain-mckenny-vannin-capital/>>. Acessado em: 15 Fev. 2018.

CIA. **Interviews for Prospective Arbitrators**. (2016). Disponível em: <<http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/guideline-on-interviews-for-prospective-arbitrators.pdf?sfvrsn=16>>. Acessado em: 07 Out. 2018.

CIETAC HKAC. **About Us**. Disponível em: <http://www.cietachk.org/portal/mainPage.do?pagePath=en_US/aboutUs>. Acessado em: 16 jul 2018.

CIETAC HKAC. **Guidelines for Third Party Funding in Arbitration (consultation paper)**. Disponível em: <<https://hkarbitration.files.wordpress.com/2016/05/cietac-draft-guidelines-17-may-16.pdf>>. Acessado em: 12 jul. 2018.

CIETAC. **Arbitration Rules**. (2015) Disponível em: <<http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=106&l=en> >. Acessado em: 11 jul. 2018.

CIETAC. **Investment Arbitration Rules**. (2017). Disponível em: <<http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=390&l=en>>. Acessado em: 10 jul. 2018

CREMADES, Bernardo M. **Third-party Funding in International Arbitration**. (2011) Disponível em: <<http://www.cremades.com/en/publications/third-party-funding-in-international-arbitration/>>. Acessado em: 02 Mar. 2018.

CREMADES, Bernardo. Concluding Remarks. *In*: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC, Volume 10**. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 153-156.

CRIVELLARO, Antonio. Does the Arbitrators' Failure to Disclose Conflicts of Interest Fatally Lead to Annulment of the Award? The Approach of the European State Courts. *In* **Arbitration Brief**. n. 1 (2014), p. 121-141. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/ab>>. Acessado em: 30 Out. 2018.

CVM. **CVM Regulamenta Crowdfunding de Investimento**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20170713-2.html>>. Acesado em: 30 jul. 2018.

DERAINS, Yves. Foreword. *In*: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC, Volume 10**. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 5-6.

DIDIER JR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil: comparativo com o Códifgo de 1973**. Salvador: juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; NOGUERIA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 17ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

EU COMMISSION. **Transatlantic Trade and Investment Partnership**. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf>. Acessado em: 05 Ago. 2018.

EU COUNCIL. **EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)**. Disponível em: <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/en/pdf>>. Acessado em: 05 Ago. 2018.

FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. *In* ACHISTER (coord.). **Dia Gaúcho da Arbitragem**. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 100-117.

FLAKE, Collin. R. **Third Party Funding in Domestic Arbitration: Champerty or Social Utility?**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2634193>. Acessado em: 15 jul. 2018.

FRIEL, Steven; BARNES, Jonathan (editors). **Litigation Funding**. Getting the Deal Through & Woodford Litigation. London. 2018. Disponível em: <<https://gettingthedealthrough.com/area/94/litigation-funding/>>. Acessado em: 30 Out. 2018.

GAILLARD, Emmanuel. **Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional**. Trad. Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

GALLIGAN, D. J. **Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures**. New York: Oxford, 2004, p. 53

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 9^a ed. [S.L]: Thomson Reuters, 2009.

GIRSBERGER, Daniel; HAUSMANINGER, Christian. Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate. *In Arbitration International*. Vol. 8. N. 2. London: Oxford, 1992.

GLOBAL ARBITRATION REVIEW. **Case notes on third-party funding**. 2008. Disponível em: <http://www.lalive.ch/data/publications/Third_Party_Funding.pdf>. Acessado em: 02 Ago. 2018.

GOELER, Jonas von. Show me your case and I'll show you the money - How to balance conflicts between Third-party Funding and Confidentiality in Arbitration Proceedings. **Kluwer Arbitration Blog**. 2016. Available at: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/07/21/show-case-ill-show-money-balance-conflicts-third-party-funding-aand-confidentiality-iin-arbitration-proceedings/>>. Accessed: Feb 11 2018.

GOELER, Jonas von. **Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure**. 1^a ed. [S.L]: Kluwer Law International, 2016.

GOLDSMITH, Aren; MELCHIONDA, Lorenzo. **The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction**. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/>>. Acessado em: 13 jul. 2018.

HENDERSON, Alastair. *Lex Arbitri*, Procedural Law and the Seat of Arbitration. *In Singapore Academy of Law Journal*. 2014. Disponível em Acessado em: 11 Set. 2018.

HKIAC. **2013 Administered Arbitration Rules**. Disponível em: <<http://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/administered-arbitration-rules>>. Acessado em: 11 jul. 2018.

HKIAC. **2018 Administered Arbitration Rules**. Disponível em: <http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/HKIAC%20Rules%20-26%20Sept%202018.pdf>. Acessado em: 28 Set. 2018.

HKIAC. **Public Consultation Process on Proposed Amendments to the 2013 HKIAC Administered Arbitration Rules**. Disponível em: < <http://www.hkiac.org/news/revision-2013-administered-arbitration-rules>>. Acessado em: 11 jul. 2018.

HONG KONG. **Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017**. Disponível em: <<https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf> >. Acessado em: 14 jul. 2018

IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2014). Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx>. Acessado em: 02 Mar. 2018.

IBA. **Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**. (2004). Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:F_ohLngukWsJ:https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx%3FDocumentUid%3D21D27F55-134B-4791-A01C-F8B6658BAB24+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acessado em: 10 Jun. 2018.

IBA. **Guidelines on Party Representation in International Arbitration**. (2013). Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F>>. Acessado em: 13 Mai. 2018.

IBA. **Rules of Ethics for International Arbitrators**. (1987). Disponível em: <https://www.trans-lex.org/701100/_iba-rules-of-ethics-for-international-arbitrators-1987/>. Acessado em: 07 Out. 2018.

IBA. **Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration**. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC>>. Acessado em: 14 Ago. 2018.

ICC (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE). **Costs and payments**. Disponível em: <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/costs-and-payments/>>. Acessado em: 28 mai. 2018.

ICC COMMISSION REPORT. Decisions on Costs in International Arbitration. (Issue 2). *In ICC Dispute Resolution Bulletin 2015*. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/decisions-on-costs-in-international-arbitration-icc-arbitration-and-adr-commission-report/>>. Acessado em: 11 jul. 2018.

ICC. **ICC Arbitral Tribunals**. Disponível em: <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/icc-arbitral-tribunals/>>. Acessado em: 13 jul. 2018.

ICC. **Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration**. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>>. Acessado em: 13 jul. 2018.

ICCA & QUEEN-MARY. **Final Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf>. Acessado em: 04 jul 2018.

KAPLAN, Charles. Third-Party Funding in International Arbitration Issues for Counsel. *In*: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 70-76.

KRUG, Zachary. The steady rise of litigation funding in latin America. *In Corporate Dispute Magazine*. Disponível em: <<https://www.corporatedisputemagazine.com>>. Acessado em: 04 mai. 2018.

KURKELA, Matti S.; TURUNEN, Santtu. **Due Process in International Commercial Arbitration**. Conflict Management Institute (COMI). 2nd ed. New York: Oxford, 2010.

LCIA. **Arbitration Rules**. Disponível em: <http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2032>. Acessado em: 25 Set. 2018.

LCIA. **Cost and Duration Analysis**: 2013-2016. Disponível em: <<http://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>>. Acessado em: 03 Set. 2018.

LEE, João Bosco; PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A obrigação de revelação do árbitro: está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro *standard* universal?. In VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo; LEE, João Bosco (org.). **Estudos de Arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 295-308.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Árbitro. Parecer: Dever de Revelação. Inexistência de Conflito de Interesses. Princípios da Independência e da Imparcialidade do Árbitro. In **Revista Brasileira de Arbitragem**. nº 41, Jan./Mar, 2014, pp. 07/41. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Parecer%20-%20Árbitro.%20Inexistência%20de%20Conflitos%20de%20Interesses%20-SelmaFLemes.pdf>>. Acessado em: 26 jun. 2018.

LESTE. **Manual de Compliance, Código de Ética e Controles Internos**. Versão: 2018-3. Disponível em: <http://www.leste.com/pt/leste-litigation-finance/www.leste.com/wp-content/uploads/sites/4/2018/03/2018_03%20Manual%20de%20Compliance%20Leste.pdf>. Acessado em: 20 Mai. 2018, p. 73.

LÉVY, Laurent; BONNAN, Regis. Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings. In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration: Dossiers – ICC**, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 78-91.

LEX FINANCE. **Our arbitration financing products**. Disponível em: <<http://www.lex-finance.com/#our-products>>. Acessado em: 24 Mai. 2018.

LOBO, Calos Alexandre; PONTEZA, Guilherme Peres. Investimentos Venture Capital e Private Equity. In BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (coord.). **Finanças Corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos**. São Paulo: Atlas, 2016, 267-316.

MANIRUZZAMAN, Munir. Third-Party Funding in International Arbitration – A Menace or Panacea? In **Kluwer Arbitration Blog**. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/12/29/third-party-funding-in-international-arbitration-a-menace-or-panacea/?print=print>>. Acessado em: 11 fev. 2018.

MARGHITOLA, Reto. **Document Production in International Arbitration**. International Arbitration Law Library. Volume 33. [S.L.]: Wolters Kluwer, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 20^a Ed. 2^a Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

NAMIC (NATIONAL ASSOCIATION OF MUTUAL INSURANCE COMPANIES). **Third-Party Litigation Funding: Tipping the Scales of Justice for Profit**. (2011). Disponível em:

<https://www.namic.org/pdf/publicpolicy/1106_thirdPartyLitigation.pdf>. Acessado em: 09 Mar. 2018.

NIEUWVELD, L. Bench; SAHANI, V. Shannon. **Third-Party Funding in International Arbitration**, 2ª Ed. Kluwer: [S.L.] 2017.

NIEUWVELD, Lisa Bench. **To Disclose or To Not Disclose. That Is the Question**. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/04/17/to-disclose-or-to-not-disclose-that-is-the-question/>>. Acessado em: 19 Ago. 2018.

O'MELVENY. **Guidance Note Issued by ICC on Disclosure of Conflicts by Arbitrators**. Disponível em: <<https://www.omm.com/resources/alerts-and-publications/alerts/guidance-note-issued-by-icc-on-disclosure-of-conflicts-by-arbitrators/>>. Acessado em: 13 jul. 2013.

PWC. **Corporate choices in International Arbitration: Industry perspectives**. Disponível em: <<https://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf>>. Acessado em: 03 Set. 2018.

RINGQUIST, Fredrik. **Do procedure human rights apply to arbitration** – a study of article 6 (1) of the European Convention on Human rights and its bearing upon Arbitration. Master Thesis. University of Lund. Faculty of Law. 2005.

ROGERS, Catherine A. **Ethics in International Arbitration**. [S.L.]: Oxford University Press, 2014.

ROSS, Alison. **The Dynamics of Third-Party Funding II**. (2012). Disponível em: <<https://000f69c.rcomhost.com/fulbrook/the-dynamics-of-third-party-funding-ii/>>. Acessado em: 08 mar. 2018.

ROSS, Alison. **The Dynamics of Third-Party Funding III**. (2012). Disponível em: <<https://fulbrookmanagement.com/the-dynamics-of-third-party-funding-iii/>>. Acessado em: 03 Mar. 2018.

SAHANI, Victoria Shannon. **Revealing Not-for-Profit Third-Party Funders in Investment Arbitration**. Disponível em: <<http://oxia.ouplaw.com/page/third-party-funders/revealing-notforprofit-thirdparty-funders-in-investment-arbitration?print>>. Acessado em: 05 Ago. 2018.

SAHANI, Victoria Shannon. **Revealing Not-for-Profit Third-Party Funders in Investment Arbitration**. Disponível em: <<http://oxia.ouplaw.com/page/third-party-funders>>. Acessado em: 09 jul. 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof; PUGLIESE, Antonio Celso. **A Economia da arbitragem: Escolha racional e geração de valor**. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/14/>. Acessado em: 22 Abr. 2018.

SCHERER, Maxi; GOLDSMITH, Aren; Flechet, Camille. **Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders' Perspectives**. International Business Law Journal (2012). Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n. 164/2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2348737>>. Acessado em: 05 mai. 2018.

SCHERER, Maxi. **Third-Party Funding in International Arbitration. Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements?** In: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party**

funding in International Arbitration: Dossiers – ICC, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 95-100.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil:** da erosão dos filtros da reparação a diluição dos danos. 6ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

SEIDEL, Selvyn. Third-party investing in international arbitration claims to invest or not to invest? A daunting question. *In*: CREMADES R.; DIMOLITSA (Eds.). **Third Party funding in International Arbitration:** Dossiers – ICC, Volume 10. Paris: International Chamber of Commerce (ICC), 2013, p. 16-29.

SHAW, Gary J. Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit. *In* **Arbitration International**. Vol. 33. Issue 1. Março de 2017, p. 109-120. Disponível em: < <https://doi.org/10.1093/arbint/aiw007>>. Acessado em: 23 mai. 2016.

SIAC. **Practice Note for Administered Cases – on Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding.** Disponível em: <<http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/Third%20Party%20Funding%20Practice%20Note%2031%20March%202017.pdf>>. Acessado em: 11 jul. 2018.

SIAC. **SIAC Rules 2016.** Disponível em: <<http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>>. Acessado em: 26 jul. 2018.

SINGAPORE. **Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017.** Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/SL-Supp/S68-2017/Published/20170224?DocDate=20170224>>. Acessado em: 14 jul. 2018.

SINGAPORE. **Civil Law Amendment Act n. 2 of 2017.** Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/2-2017/Published/20170224?DocDate=20170224>>. Acessado em: 14 jul. 2018.

SINGAPORE. **Legal Profession (Professional Conduct) (Amendment) Rules 2017.** Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/SL-Supp/S69-2017/Published/20170224?DocDate=20170224>>. Acessado em: 14 jul. 2018.

SINGAPORE. **Legal Profession (Professional Conduct) Act.** Disponível em: <<https://sso.agc.gov.sg/Act/LPA1966#legis>>. Acessado em: 14 jul. 2018.

SOUTO, Saint-Clair Diniz Martins. **Fundos de Investimento:** um tipo societário autônomo e suas principais características. Universidade de Brasília. Dissertação de Mestrado. Brasília. 2016.

STEINITZ, Maya. The Litigation Finance Contract. *In* **William & Mary Law Review**. Rev. 455/2012. Vol. 54. Issue 2. Article n. 4. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol54/iss2/4>>. Acessado em: 11 Ago. 2018.

STJ. **Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412/13. Voto-Relatório Ministro Relator Felix Fischer.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=52148959&tipo=91&nreg=201302788725&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170530&formato=PDF&salvar=false>>. Acessado em: 23 jun. 2018.

STJ. **Sentença Estrageira Contestada n. 9.412/13. Voto-Vista Ministro Relator Felix Fischer.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=70084320&tipo=66&nreg=201302788725&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170530&formato=PDF&salvar=fal se>>. Acessado em: 23 jun. 2018.

STJ. **Sentença Estrageira Contestada n. 9.412/13. Voto-Vista Ministro João Otávio de Noronha.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=54813618&tipo=3&nreg=201302788725&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170530&formato=PDF&salvar=fal se>>. Acessado em: 23 jun. 2018.

STUERWALD, Christian. **An Analysis of Allianz's decision to discontinue its litigation funding business.** Calunius Capital LLP (2012) Disponível em: <<http://www.calunius.com/media/2747/cs%20-%20calunius%20article%20on%20allianz%204%20january%202012.pdf>>. Acesso em: 01 Mar. 2018.

TAYLOR, Elizabeth. **Acquisition of Claims by Third Party Litigation Funders.** (16 abril 2018). Disponível em: <<http://www.mondaq.com/uk/x/692340/Insolvency+Bankruptcy/Acquisition+Of+Claims+By+Third+Party+Litigation+Funders>>. Acessado em: 29 jul. 2018.

TERPINS, Nicole Mattar Haddad. **A natureza jurídica dos fundos de investimento imobiliários.** Universidade de São Paulo. Dissertação de Mestrado. São Paulo. 2013.

TEXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. **O Financiamento da Arbitragem por Terceiros e o Dever de Revelação.** (2016). Disponível em: <<http://www.cbar.org.br/blog/artigos/o-financiamento-da-arbitragem-por-terceiros-e-o-dever-de-revelacao>>. Acessado em: 21 Mar. 2018.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE. **Restatement of the Law Third of The U.S. Law of International Commercial Arbitration.** Disponível em: <http://arbitrateatlanta.org/wp-content/uploads/2012/04/US-InterComArbit_CD3_Booked.pdf>. Acessado em: 26 Ago. 2018.

THERIUM FINANCE. **Litigation Funding Agreement: Therium Finance AG IC v. Dominion Minerals Corp.** 2015. Disponível em: <<https://www.lawinsider.com/contracts/2Bz778IIDmLXUk9rRNi8NU/dominion-minerals-corp/1402747/2017-02-14>>. Acessado em: 11 Ago. 2018.

TRUSZ, Jennifer A. Full Disclosure? Conflict of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration. *In The Georgetown Law Journal*. Vol 101. 2013. Disponível em: <<https://georgetownlawjournal.org/articles/111/full-disclosure-conflicts-of>>. Acessado em: 18 Ago. 2018, p. 1649-1682.

UNCITRAL. **New York Convention.** Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>>. Acessado em: 09 Ago. 2018.

UNCITRAL. **UNCITRAL Arbitration Rules 2013 & UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration.** Disponível em:

<<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>>. Acessado em: 26 Ago. 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. **Federal Arbitration Act**. Disponível em: <<http://www.sccinstitute.com/media/37104/the-federal-arbitration-act-usa.pdf>>. Acessado em: 18 jul. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. **Gianelli Money Purchase Plan & Trust v. ADM Inv. Servs., Inc.** United States Court of Appeals. 11th Circuit. 1998. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1152558.html>>. Acessado em: 18 jul. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. **Lifecare Intern., Inc. v. CD Medical, Inc.** United States Court of Appeals. 11th Circuit. 1995. Disponível em: <<https://casetext.com/case/lifecare-intern-inc-v-cd-medical-inc>>. Acessado em: 15 Ago. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. **Schmitz v. Zilveti**. United States Court of Appeals. 9th Circuit. 1994. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/1994106320f3d10431893#>>. Acessado em: 18 jul. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. **Wheeler v. St. Joseph Hospital**. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/197640863calapp3d3451376>>. Acessado em: 18 jul. 2018.

VELJANOVSKI, Cento. Third-Party Litigation Funding in Europe. *In Journal of Law, Economics & Policy*. Vol. 8. N. 3. 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1971502>. Acessado em: 05 Ago. 2018.

WHITE & CASE. **2018 International Arbitration Survey**. Disponível em: <<https://www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration>>. Acessado em: 04 Set. 2018.

APÊNDICE I

ENTREVISTA COM MARCELA KOHLBACH DE FARIA REDUZIDA A TERMO

Entrevista realizada no dia 15 de maio de 2018,
Rio de Janeiro/RJ.

QUAL É A PECULIARIDADE DO CONTRATO DE *FUNDING*?

O contrato de financiamento é um contrato bastante peculiar: a própria estrutura do contrato é diferente. Uma situação, *e.g.*, é quando um terceiro adquire o direito creditório inteiro do caso, passando o cessionário a assumir o direcionamento da arbitragem. Nesta hipótese, não ocorrerá um financiamento, uma vez que se adquiriu o direito creditório como um todo. No contrato de financiamento, liberam-se recursos aos poucos. É uma estrutura na qual o *funder* não é dono do negócio, em si. É como se virasse um sócio da parte, mas toda a estrutura contratual e toda a forma de execução do contrato é completamente diferente.

No Brasil, atualmente, existe apenas a LESTE *Litigation Finance* como empresa especializada neste ramo, mas podemos pontuar a existência de uma empresa chamada *Lex Finance*, que faz algumas operações, contudo, tudo faz crer que não eles possuem capital social próprio, desenvolvendo suas atividades a partir da captação de clientes e suas causas.

COMO FUNCIONA A LESTE *LITIGATION FINANCE*?

O fundo LESTE é muito maior do que nossa área específica de *Litigation Finance*. Existe uma série de outros setores, tais como, *e.g.*, de *private equity* e de investimentos imobiliários. O Leonardo Ribeiro é o *head* da nossa área e ele sempre trabalhou no jurídico interno da LESTE, organizando as estruturas e os fundos. Como ele sempre foi advogado de contencioso, tinha uma vontade muito grande de criar um produto jurídico novo. Ele me contratou e nós começamos a desenvolver essa área de *dispute funding*, que inclui *third-party funding*, aquisição de direitos creditórios e uma série de outros desdobramentos que não se restringem ao *third-party funding*.

O SETOR DA LESTE *LITIGATION FINANCE* COSTUMA SER PROCURADO POR ADVOGADOS/ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA OU PELA PRÓPRIA PARTE DIRETAMENTE?

Muito mais pelos advogados. Agora nós estamos conseguindo ter um alcance maior com as partes, mas eu acho que é uma questão muito mais diferente no Brasil porque isso não

era conhecido. É tanto que, quando nós montamos o produto, a primeira coisa que a gente fez, em 2016, foi fazer um grande *road show* e, como nós somos advogados, o nosso primeiro acesso é com os advogados. Assim, nós fomos a todos os escritórios de advocacia do Rio e de São Paulo, realizando eventos, como um café da manhã, explicando o que era a LESTE, o *funding*, e daí nós conseguimos ter acesso aos clientes.

Temos, inclusive, uma procura muito grande dos advogados porque o que acontece muito é, algumas vezes, o cliente, apesar de ter uma boa causa, se quer tem dinheiro para pagar os honorários do advogado. Então, é até uma parceria interessante do *funder* com o advogado. Ele tem interesse em ter o cliente e tem uma segurança do dinheiro que irá pagar seus honorários.

HÁ A POSSIBILIDADE DE EXISTIR ALGUMA PARCERIA ENTRE ESCRITÓRIO/ADVOGADOS E EMPRESAS DE FINANCIAMENTO DE DISPUTAS?

Sim. Nós temos isso com alguns escritórios. Não há nenhuma parceria fechada, mas como é de interesse para os próprios escritórios terem alguém que custei os honorários deles, nós acabamos tendo uma boa relação. Assim, via de regra, quando há um cliente, em uma situação de crise financeira, com uma potencial causa, eles passam para nós, para realizarmos uma análise e fornecer uma posição para o cliente sobre a possibilidade do *funding*. Isso porque, muitas vezes, o cliente não sabe nem que essa solução existe no mercado. Então, ter esse contato com os escritórios já é uma forma muito boa dos clientes terem conhecimento dos nossos produtos.

A perspectiva, entretanto, do *funding*, hoje em dia, no Brasil, é muito “de crise”. O *funding* é buscado aqui no Brasil pela ausência de dinheiro. Internacionalmente, por outro lado, já se tem uma consciência muito maior de divisão de riscos. O *funding* não é só um socorro para quem não têm dinheiro: é uma parceira onde se divide o risco da empreitada jurídica. A pessoa ou empresa retira dinheiro do seu capital de giro para colocar em um litígio – que ela se quer sabe se será procedente. Então, quando você traz um parceiro para a causa do cliente, elide-se o risco da utilização do capital de giro deste.

Voltando-nos para os escritórios de advocacia, o que já é feito lá fora, *e.g.*, é, ao invés de fazer o *funding* da parte do caso, fazer o *funding* do próprio escritório em si (*law firm financing*), através do financiamento de um *portfolio* de casos. Hoje em dia, aqui, faz-se uma análise muito casuística, muito de boutique, no detalhe, através de nossa equipe interna – é como se nós fossemos os árbitros muito antes da arbitragem ser instaurada.

Quando se faz um *funding* de um *portfolio*, aposta-se muito mais no escritório e no contexto das demandas. Por exemplo: caso ele tenha dez casos, mesmo que não se tenha uma probabilidade alta de ganhar todos, a conta que se faz é diferente. No final, o que nós compramos são os honorários do escritório, não uma parcela do produto econômico final da demanda. Seria como se fosse um adiantamento de honorários para o escritório, e no final nós teríamos um retorno sobre os honorários dos escritórios, e não da parcela da parte. Tem uma série de formas de fazer o *funding*. Nós nunca fizemos essa modalidade na LESTE *Litigation Finance*, mas é uma porta que está aberta.

HÁ A POSSIBILIDADE DE REJEIÇÃO DE UM CLIENTE POR CONTA DO ESCRITÓRIO/ADVOGADOS QUE PATROCINAM SUA CAUSA?

Isto está dentro da nossa análise de risco. Analisamos não só os advogados, mas todos os profissionais inseridos. Uma vez que a arbitragem é uma questão muito específica, se você não tem experiência, sua probabilidade de êxito talvez diminua um pouco porque a condução do procedimento é totalmente diferente. Nós buscamos, de fato, advogados experientes e isso pode ser sim um fator, talvez não isolado, mas considerado quando da análise total de riscos.

COSTUMA-SE UTILIZAR CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE POR UM CERTO PERÍODO, QUANDO DA REALIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO INICIAL DO CASO?

Não. Nós não fazemos isso, normalmente. Mas veja que nós estamos em uma fase muito embrionária de concorrência. Nós não temos uma concorrência direta, mas em breve teremos. Não acredito que este mercado ficará parado e não haverá outros *players*. Assim, nós não convivemos muito com este risco de perder um cliente para outro *funder*. Não costumamos realizar esses acordos de exclusividade, mas, por outro lado, nós incluímos cláusulas de confidencialidade de que a própria transação com a LESTE *Litigation Finance* não será publicizada, nem por nós nem pela parte. Então, a parte não poderá informar para o mercado que nos contratou e que estamos analisando o caso.

QUAIS SÃO AS PRINCIPAIS RAZÕES PELAS QUAIS O FUNDER BUSCA MANTER SUA PARTICIPAÇÃO SIGILOSA?

A LESTE *Litigation Finance* gosta sempre de revelar a sua participação e identidade nos litígios que financia. O *no-brainer* é revelar para se evitar qualquer tipo de

nulidade futura, qualquer tipo de alegação futura. É claro que revelar é melhor: é melhor para o *funder*, melhor para a parte – para tudo. Mas eu acho que existem outras questões que podem gerar tumultos processuais e que essa decisão de revelar, ou não, acaba sendo muito mais estratégica. Isso do ponto de vista que (a) se pode está revelando para a parte contrária que não se tem recursos ou (b) que estes recursos derivam de terceiro. Estas questões já tiveram repercussão em sede de *security for cost*, de alocação de responsabilidades, cauções etc.

Por sinal a discussão sobre confidencialidade é mais comum no Brasil. No exterior, a discussão sobre quebra de confidencialidade não é tanto discutida. A questão maior, pode-se dizer, trata do nível de revelação. Revelar que existe um *funder* é não tem problema. Quando se exige, por outro lado, que se exhiba o contrato de *funding*, entretanto, está-se indo muito além da verificação de conflito de interesses, que só se precisa saber quem é.

A revelação do contrato pode prejudicar o caso: você estaria precificando o caso. O *funder* já fez uma análise e já fez um cálculo de que, no final, assumiria mais ou menos riscos. Isto influencia até mesmo na porção de interesse que o *funder* cobrará da parte, em outros termos, quanto maior for o risco do caso maior será o percentual que será cobrado.

Se você revela o contrato, a outra parte sabe o quanto você tem para gastar na arbitragem.

Assim, revelar ou não revelar a gente não tem nenhuma obrigatoriedade no Brasil.

Acho que a Lei de Singapura traz a revelação, mas nos países, como a Inglaterra e os EUA, não se tem uma obrigação, mas apenas padrões éticos que se recomendam a revelação. Mas isso eu acho que não é um grande problema, acho que se você perguntar para qualquer *funder* vão responder que preferem revelar ao invés de corre de depois ter uma sentença anulada por conflito de interesses.

O problema é a extensão da revelação. Já me perguntaram se a LESTE não iria revelar quem eram são quotistas do fundo, mas se tem o sigilo bancário. Não se pode chegar nesse nível de informação. O que a gente precisa revelar é que a LESTE está envolvida. Questionar ao árbitro se ele tem alguma relação com o *funder*, e até mesmo se o árbitro for quotista do fundo ele saberá. Eu acho que você não precisa desse detalhamento de informação.

Normalmente quando a gente faz revelação – eu acho que a gente já fez revelação me quatro casos – a revelação é “o fundo LESTE está pagando as custas desse caso”, em uma petição de três linhas.

COMO VOCÊS LIDAM COM ORDENS DE *SECURITY FOR COST* E DE *ADVERSE COST*?

Nós expressamente não nos responsabilizamos por *security for cost* e *adverse cost*. Isso é uma cláusula contratual. Dispõe-se expressamente que não nos responsabilizamos por qualquer caução determinada ou por nenhum tipo de sucumbência no final – até mesmo porque não somos partes – se quer tem o próprio Tribunal Arbitral jurisdição sobre o *funder*. Já houve, entretanto, casos de responsabilização do *funder* ao pagamento de custos, *security for cost* e *security for losses*. O que se vê, entretanto, nessas decisões é que o *funder* toma muito uma posição de parte. Assim, aquele se tornou tão dono da causa, tendo uma ingerência tão grande na parte, que foi tratado como se parte fosse.

Mesmo negando-se expressamente o ônus de *security for costs, for losses*, entre outras despesas adicionais, a possibilidade de assunção do encargo de *security for costs* pela LESTE *Litigation Finance*, quando a ordem é emitida no início ou durante o procedimento, é muito caso a caso. Nós temos um caso, *e.g.*, que assumimos a responsabilidade até certo valor por *securtiy for cost* e por sucumbência, mas isso em um caso em que a parte que claramente não tinha condições de arcar com o valor e porém sua causa tinha um mérito muito bom – só que isso foi meio que antevisto por nós, quando da análise de risco. O normal, por outro lado, é que a LESTE *Litigation Finance* inclua no contrato uma previsão de não \ responsabilidade por essas despesas/custos.

COMO VOCÊ INTERPRETA O *GENERAL STANDARD 6(B)* DA *IBA CONFLICTS*?

Uma situação é se falar que o *funder* irá ser condenado, ou terá algum tipo de responsabilidade, tal qual fosse parte, enquanto a outra é se falar que o *funder* tem que ser equiparado à parte para fins de revelação – são posições bem diferentes. Equipara-se como parte meramente para fins de conflitos de interesses com os árbitros – mas o *funder* não é parte, não assume nenhum risco de condenação – se quer o árbitro tem jurisdição sobre ele.

No caso *Excalibur*, era um *crowdfunding*, e eles tinham 99% dos direitos creditórios da ação, eles efetivamente atuavam como parte, efetivamente tinham o poder de mandar e desmandar nos advogados, eles que escolhiam os árbitros. Isso é uma diferença que é possível ser feita. Não se pode pegar as regras de conflitos e querer usá-las para tratar o *funder* como parte. Uma situação é se equiparar à parte para fins de *disclosure*, outra é se assumir que o *funder* está agindo como parte e condená-lo a qualquer responsabilidade.

COMO É A RELAÇÃO DA LESTE COM A GESTÃO E DETERMINAÇÃO DA ESTRATÉGIA DO CASO? HÁ UM CONTROLE OU INFLUÊNCIA SOBRE O ATUAR DA PARTE E DE SEUS ADVOGADOS NO PROCEDIMENTO ARBITRAL?

Isso tudo é previsto contratualmente antes, inclusive a forma como nós vamos lidar com os advogados e demais profissionais. Toda a condução do caso é da parte. Inclusive nós sempre somos minoritários no *funding*, pois, nós nunca vamos pegar uma parcela maior do que 30 ou 40% nos direitos creditórios, porque nós precisamos do alinhamento da parte. A parte que viveu litígio e, assim, não gostamos que a própria parte perca o interesse na condução do processo. A parte não ficará tão engajada como se estivesse recebendo 70% do produto do caso. Eu acho que quando o *funder* vira muito mais dono do processo do que a parte se perde o alinhamento. E é preciso da parte para conduzir a arbitragem.

Lembre-se que em uma arbitragem a participação da parte é de extrema importância – é completamente diferente de um caso judicial. Na arbitragem as partes estão presentes e é preciso reviver o que aconteceu. Tem-se um interesse muito maior dos árbitros em querer recriar os fatos. O processo arbitral é muito mais sensível, explora-se muito mais o que aconteceu. O árbitro está ali vivendo aquele caso – diferentemente do juiz, que recebe todos os casos que aparecem. Mas isso é uma forma como a gente trabalha – existem *funders* que trabalham na estatística, avaliando-se os escritórios, as matérias, as pretensões, qual das partes em demandas similares vem obtendo êxito, fazendo-se apenas uma análise de risco.

A LESTE apenas opina sobre a gestão. Analisa-se as petições, os requerimentos e demais documentos, mas nunca a conduta escolhida pela parte. O que se tem, entretanto, é uma conduta contratual. Caso a estratégia seja radicalmente alterada, pode-se terminar o contrato, rescindindo-o e se cobrando multa. Então, o que nós fazemos é ter gatilhos contratuais para utilizá-los caso a situação original contratada for alterada. Veja-se que a questão é muito mais a de se perceber o risco que se assumiu e qual o risco adicional, ou não, derivado da alteração de conduta da parte. Por exemplo: caso a parte, após ter firmado o contrato, deseje alterar o escritório de advocacia que patrocina sua causa. Dessa forma, altera-se a dinâmica de riscos previamente acordada. Assim, o que se tem é uma cláusula contratual que faculta a parte a realizar a alteração, porém o contrato de financiamento fica rescindido, além de se aplicar multa.

QUAIS SÃO AS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS, BÁSICAS, QUE PRECISAM SER TRANSACIONADAS PARA A CELEBRAÇÃO DE UM CONTRATO DE FINANCIAMENTO?

Antes de qualquer coisa, a LESTE sempre assina um acordo de confidencialidade. Antes mesmo de se saber quem são as partes, faz-se um acordo de confidencialidade. A gente realiza um *conflict check* primeiro para se verificar se existe algum conflito de interesse com a LESTE, até mesmo com as outras áreas da LESTE.

No meio entendimento, o *funder* atua muito como um próprio auxiliar da parte. Assim, quando o advogado aceita patrocinar um litígio, ele está ali também assumindo um dever de confidencialidade, e não me parece que haja uma discussão sobre a violação da confidencialidade entre as partes porque ela está com advogado. Pode-se argumentar que: o advogado tem deveres éticos que o *funder* não tem... Há uma discussão importante que é sobre a regulamentação do *funder*. Internacionalmente, por exemplo, na Inglaterra, Estados Unidos, os *funders* criaram seus próprios código de ética, através de associações, e, normalmente, quando se lê, tanto o inglês como o americano, trata-se exatamente de como o *funder* se comporta perante a parte. Apesar de ser facultativa a adesão a esses códigos de ética, é quase um selo de qualidade dos *funders*.

Mesmo assim, volta-se à pergunta se se deve regulamentar ou não o *funder*. Singapura e Hong Kong desenvolveram recentemente leis que regulamentam o *third-party funder*. Nestas duas jurisdições aplicava-se a doutrina do *champerty* e *maintanece*, todavia, a lei nova traz a não aplicação dessas doutrinas para casos de arbitragem e mediação.

COM RELAÇÃO AOS PRECEDENTE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO, JÁ SE TEM ALGUM POSICIONAMENTO A RESPEITO DO *THIRD-PARTY FUNDING*?

Não. O que se acha são casos estrangeiros, que são curiosos, até mesmo com responsabilidade de *funding*.

O caso da Abengoa aqui no Brasil tratou de conflito de interesse. A gente precisa estabelecer parâmetros de conflito de interesse, até mesmo para se criar padrões objetivos.

Isso porque na arbitragem o conflito de interesse é completamente diferente do constante no Código de Processo Civil. Apesar de a Lei de Arbitragem brasileira fazer remissão ao CPC, as relações são completamente diferentes. O árbitro ele não é só árbitro, é também advogado, além de outras funções. A gama de conflito de interesses é muito maior do que a gama que se pode ter com um juiz, que só tem a função de juiz.

COMO FUNCIONA A CLÁUSULA QUE PREVÊ O ORÇAMENTO DO CASO?

Estimamos e simulamos todos os custos, qual o valor da causa, sempre colocando um valor a mais. Se é uma arbitragem que requerer perícia, *e.g.*, orçamento previamente a perícia para saber quanto será o valor; *e.g.*, se o advogado não estiver contratado, orçamos o valor dos honorários – até mesmo porque se não tiver advogado contrato nós se quer conseguimos fazer o contrato de financiamento. Todos esses custos calculamos e colocamos um valor a mais; isso sempre a com a possibilidade de realizar um aditivo. Por exemplo, em uma arbitragem recente, nós tivemos que realizar um aditivo, pois tínhamos previsto que ela iria demorar menos, porém existiu alguns tumultos processuais no início do procedimento. Dessa forma, através do aditivo aumentamos o valor do orçamento, ou seja, aumentamos o valor global, que é o limite máximo que podemos gastar.

Quando nós estipulamos um valor, não pegamos esse valor e entregamos na mão da parte. Realizamos, normalmente, muito pagamos por conta e ordem. Então, a parte tem uma despesa, ela emite a fatura no nome dela e o fundo paga essa fatura em nome da parte.

VOCÊS JÁ PRATICARAM *CROWDFUNDING*?

Não. O que nós temos é uma parceria com a Woodsford *Litigation Finance*, que é um dos *funders* tradicionais da Inglaterra. A princípio a gente só investe no Brasil, porque nossa expertise é Brasil, uma vez que temos uma equipe de analista que são advogados brasileiros. Assim, fizemos um acordo de cooperação, tendo a possibilidade de coinvestir tanto lá quanto aqui. Por exemplo, se a Woodsford tem um caso que remete ao direito latino-americano de uma forma geral, que consigamos dar uma segurança maior na análise, eles nos enviam, a gente analisa e vemos a possibilidade de coinvestir, e visse e versa. Se tivermos uma coisa aqui sobre o direito inglês, enviamos para eles fazerem a análise e temos a possibilidade de coinvestir. Não chega a ser um *crowdfunding*, mas é uma parceria.

EM CASO ADMINISTRADO PELA ICSISD, MONETARIZOU-SE O RESULTADO DEMANDA COMO UM ATIVO FINANCEIRO NEGOCIÁVEL. VOCÊS FAZEM ISSO TAMBÉM?

Na verdade, estrutura você consegue montar das mais diversas possíveis. O que é o *funding*? Por exemplo, se você pegar um empréstimo no banco e pagar suas despesas na arbitragem, isso indiretamente é um *funding*. Deve-se analisar o caso para se saber se a parte

ficou ou não com o dever de entregar uma parcela do produto fruto para a financiadora, caso contrário seria realmente um empréstimo.

Temos aqui a compra de sentença arbitrais. Por exemplo, a parte a qual favorece a sentença arbitral, em face do ingresso de uma sentença anulatória, não quer esperar o fim do processo no judiciário por já ter contado com aquele valor. Assim, após a venda total dos direitos creditórios, aquele valor passa a ser do *funder*, fazendo com a gente execute o crédito. Inclusive, nos casos normais, sem a venda do valor todo, há uma precisão contratual que prevê que nós podemos fazer a execução autonomamente.

DENTRO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL VOCÊS TÊM COMO APRESENTAR SEU CRÉDITO PARA QUE ELE SEJA PAGO VOLUNTARIAMENTE E DIRETAMENTE AO FUNDO?

Não porque a gente não é parte na arbitragem. O que pode ser feito é a apresentação dessa solicitação e pedir para que seja pago o valor em uma conta vinculada e não diretamente na conta do cliente. Isso somente para dar uma segurança maior. Até porque isso exigiria que nós apresentássemos o contrato, que eu já falei que nós não temos interesse em fazer.

JÁ OCORREU DE VOCÊS TEREM QUE REVELAR O CONTRATO?

Não. Tem um caso só que aparte formulou o pedido. Mas isso muito com base em um caso que já aconteceu no exterior, que se chama *Essar v. Notre Scott*. Neste, entendeu-se que a parte estava em uma situação que tinha que recorrer ao *funder* em razão de uma conduta da parte contrária, o que levou o seu estrangulamento financeiro. Dessa forma, a parte financiada pediu uma indenização para que os custos do *funder* fossem incluídos na arbitragem. Era uma arbitragem ICC e os árbitros interpretaram que isso poderia ser considerado custo da arbitragem, e, assim, além do valor da indenização autônoma, a parte fosse condenada ao pagamento da porcentagem referente ao retorno do *funder*. Isso foi para a corte inglesa e contestado, alegando-se que isso não seria custo. O que a corte inglesa entendeu foi que o regulamento da ICC é amplo quando trata dos custos da arbitragem e que os árbitros teriam dentro de seus poderes de jurisdição discutir o que é custo; isso foi levado para o judiciário justamente sob o argumento de isso teria extrapolado a jurisdição do Tribunal Arbitral. Assim, a corte não interferiu na decisão de mérito a qual compete ao árbitro. Assim, o que a gente já teve aqui na LESTE, foi o caso em que este pleito foi posto. Na verdade, a gente não apresentou o contrato, mas apresentamos razões que poderiam justificar esse pleito.

A ANÁLISE DE CONFLITO DE INTERESSE É OBJETIVA OU SUBJETIVA?

Isso eu acho que vai muito do entendimento de cada um. Eu acho que ela é subjetiva, que você tem que demonstrar efetivamente a existência do conflito de interesse, o prejuízo. E se o árbitro não soube da existência do *funder* no decorrer do procedimento, não se tem nem como dizer que ele julgou com alguma predisposição. Eu acho que essa pergunta é muito importante para saber como a jurisprudência vai se portar. Isso mesmo pelo caso da Abengoa, que o STJ se mostrou preferente a um critério objetivo.

Caso seja um critério subjetivo, o risco da não revelação é o ônus de se provar que o árbitro não sabia. Mas para mim, não basta afirma que se teve um *funder* que não foi revelado. É preciso mostrar o efetivo conflito de interesses. O problema é se ter níveis de subjetividade; se se mostrar que o árbitro sabia dessa pessoa que poderia gerar um possível conflito, já há margem para se discutir um potencial conflito de interesses e uma própria quebra do dever de revelação do árbitro.

Em casos no qual um oponente comercial dê dinheiro à parte contrária ao seu oponente comercial, para que aquele tenha condições de arcar com os custos da arbitragem, isso se encaixa muito no conceito de *champerty* e *maintance*. Dependendo da situação pode-se considerar até mesmo uma conduta anti-ética.

Essa pergunta, de o que é o *funding*, se se parar para pensar até os honorários exclusivamente de êxito do advogado são uma forma de *funding*. O advogado está financiamento da parte e só será remunerado se tiver algum êxito. Nós estamos falando, durante nossa conversa, de uma forma de financiamento típico, mas se pode até mesmo questionar se se existe um financiamento que pode ser chamado de típico. Pode-se ter várias categorias para fins acadêmicos. Existe hoje em dia uma formação de um mercado, entretanto, dessa forma de financiamento que se chama de típica.

QUAL É A RELAÇÃO ENTRE TITULARIDADE DE INTERESSES E A DEFINIÇÃO DO QUE É O *FUNDING*?

Faz muita diferença de quando se tem um interesse direto e quando se tem um interesse indireto.

A gente faz um *conflict check* até mesmo com os próprios árbitros, até para ver se algum deles já foi advogado da LESTE e se há um possível conflito.

A ICC está fazendo um banco de dados para isso. Todos os árbitros já nomeados para alguma arbitragem, indicando toda as arbitragens e tudo que ele já participou, fazendo com que a própria secretaria da ICC já possa fazer um *conclit check* prévio entre as partes e o árbitro.

Essa discussão é interessante porque fala de revelação e também até aonde a revelação supre o vício. Eu, particularmente, acho que a partir do momento que se tem um *disclosure*, as partes têm ciência e nada mencionam, supre o vício. As partes não poderiam depois alegar.

Eu acho que os conceitos de impedimento e suspeição não se aplicam à arbitragem. Eu entendo que as partes podem sim escolher alguém que se encontre em uma situação de impedimento. Tem pessoas que pesam diferente. Eu entendo que, se as partes escolheram assim conscientemente, não há problema. Se você quiser aplicar o Código de Processo Civil *ipse literis*, você não poderia de forma alguma nomear um árbitro em uma situação de impedimento. Mesmo que se aplique por analogia, é necessário ter muito cuidado, porque a situação de impedimento impede que não se pode nem por concordância autorizar dada pessoa a ser juiz.

Tem um texto do Napoleão Casado, que saiu no Kluwer Arbitration Blog, que fala exatamente sobre a revelação e sobre a estratégia de revelação, no sentido de que a revelação é na maioria das vezes boa e que o próprio *funder* quer revelar. Mas é uma questão estratégica das partes, uma vez que não se tem uma obrigação de revelar, um deve de revelar. O que se tem é um dever de evitar nulidades futuras.

O que se precisa prestar atenção são os limites impostos pelas hipóteses de anulação de sentenças arbitrais. Isso porque é necessário ter os padrões bem definidos para que se tenha um mínimo de segurança jurídica. Na questão revelação é uma questão muito importante, se se vamos adotar um parâmetro objetivo ou subjetivo na interpretação de conflitos de interesses com os árbitros – até mesmo para se entender se ela é uma obrigação ou uma recomendação.

Hoje em dia, pela legislação atual no Brasil, não existe uma obrigação. A única norma que se tem sobre isso é uma recomendação do CAM-CCBC, que não tem penalidade nenhuma. Fala-se somente que para fins de conflito de interesse deve-se revelar qualquer parte relacionada, inclusive, *funders* – mas é uma *soft law*. Mesmo em arbitragens da CAM-CCBC não se tem nenhuma obrigatoriedade de revelar. Eu não vejo essa resolução administrativa como uma norma cogente. A vejo como as IBA Rules que são *soft law*, uma mera recomendação. É um padrão de conduta – mas não se tem a obrigação de revelar. Apesar disso, a LESTE e outras *funders* querem revelar e temos o interesse de ser os mais claros possíveis – ressalvado o *disclosure* do contrato e todos os documentos de *due diligence* feitos pelo *funder*. A revelação para mim deve se resumir a apenas indicar a identidade do financiador.

A LESTE nunca recebeu uma ordem de revelação do contrato de financiamento.

A REVELAÇÃO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO PODE PREVENIR DE ALGUMA FORMA CONFLITOS DE INTERESSES COM OS ÁRBITROS?

Nós revelamos que o Fundo, com dado CNPJ, está financiando a arbitragem. Eu não posso revelar os quotistas de fundo: tem sigilo bancário. E, veja, mesmo com a revelação do contrato, não se saberá quem são os quotistas do fundo, uma vez que estes não constam no contrato, manter-se-á o mesmo nível de informação. Para fins de conflito de interesse, a informação constante no contrato não somará em nada, somente revelará as informações e condições da relação de financiamento nele contidas.

SOBRE AS HIPÓTESES TERMINATIVAS DE CONTRATOS DE FINANCIAMENTO, QUAIS SÃO AS MAIS COMUNS?

Sim. Acredito que são cláusulas comuns de contrato. Apesar de ser um contrato de cessão de direitos creditórios bem específico e detalhado, as cláusulas podem variar muito de caso a caso.

QUANTO À QUESTÃO DO VALOR E CUSTO DA ARBITRAGEM, A LESTE TEM UMA PARÂMETRO MÍNIMO?

Para financiamento, a gente não consegue ver casos abaixo de 10 milhões de reais, isso porque, caso contrário, a conta não fecha. E eu acho que casos abaixo de 3 ou 4 milhões não vale a pena se ter uma arbitragem.

APÊNDICE II**TERMO DE CONSENTIMENTO COM POSSÍVEIS RESERVA DE
CONFIDENCIALIDADE**

MARCELA KOHLBACH DE FARIA, portadora de RG de n. 21.804.410-5 e de CPF de n. 058.002.327-33 integrante da LESTE *Litigation Finance*, doravante “Entrevistada”, autoriza MATEUS SANTOS DA HORA ARAÚJO, portador de RG de n. 13.370.774-10 e de CPF de n. 064.264.545-08, estudante de direito, doravante “Entrevistador”, a utilizar as informações colhidas em entrevista realizada pelo Entrevistador à Entrevistada, no dia 15 de Maio de 2018, na sede da LESTE *Litigation Finance*, para fins de pesquisa, especialmente no desenvolvimento de trabalho de conclusão de curso a ser realizado pelo Entrevistador, bem como em qualquer outra atividade de cunho acadêmico que o Entrevistador venha a realizar.

A Entrevistada reserva-se o direito de, a qualquer momento durante a entrevista, realizar reservas de confidencialidade sobre informações que venha a ser comunicadas ao Entrevistador, através da simples advertência oral do conteúdo desta, sendo vedado ao Entrevistador a divulgação ou publicização, por qualquer meio, a qualquer pessoa, de tais informações aos quais se fez reserva de ser confidencial.

A entrevista será realizada com base em lista de perguntas desenvolvidas e apresentadas pelo Entrevistador à Entrevistada, a qual se anexa uma via de mesmo teor a este Termo de Consentimento com Possíveis Reserva de Confidencialidade.

A entrevista terá seu áudio gravado através de aparelho(s) eletrônico(s), cuja gravação será encaminhada pelo Entrevistador à Entrevistada, do e-mail mateus.s.h.araujo@gmail.com ou mateus.araujo@diegomontenegro.adv.br ao e-mail marcela.kohlbach@leste.com, no mesmo dia da realização da entrevista.

Rio de Janeiro, 15 de Maio de 2018.


MARCELA KOHLBACH


MATEUS SANTOS DA HORA ARAÚJO