

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

TESE DE LÁUREA

GABRIEL CÂNDIDO VENDRASCO

Nº USP 10275211

***THIRD PARTY FUNDING* E DEVER DE REVELAÇÃO**

Impactos e regulamentação do *third party funding* no âmbito do dever de revelação em arbitragens domésticas

SÃO PAULO

2021

GABRIEL CÂNDIDO VENDRASCO

Nº USP 10275211

THIRD PARTY FUNDING E DEVER DE REVELAÇÃO

Impactos e regulamentação do *third party funding* no âmbito do dever de revelação em arbitragens domésticas

Tese de Láurea apresentada como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos termos do edital CG-FD nº 01/2020.

Orientador: Heitor Vitor Mendonça Sica

SÃO PAULO

2021

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho é, como todo trabalho acadêmico, fruto de dedicação, pesquisa, resiliência e tempo. Contudo, muito mais que isso, é também fruto de um incansável suporte que recebi no curso de seu desenvolvimento, oferecido por pessoas por quem guardarei sempre imenso carinho e gratidão.

Agradeço à minha família por todo o auxílio que me deram durante toda a vida e, sobretudo, durante minha graduação: minha mãe, Viviane, meu pai, Cleber, minhas irmãs, Milena e Natália, minha avó, Maria José, e meu cunhado, Tomás, estiveram do meu lado em cada momento e me permitiram concluir o que, hoje, é minha maior conquista acadêmica.

À Mariana Ferrão, pela parceria que construímos há cinco anos e que pretendo levar para toda a vida. Seguramente, nossa relação me ensinou lições mais importantes que as que aprendi na faculdade.

Aos meus companheiros de poucas palavras e muito afeto, Peteca, Polenta e Bolacha.

Às antigas colegas de trabalho no Eleonora Coelho Advogados, Ana Olívia Haddad, Fabiana Leite, Louise Maia de Oliveira e Bianca Azzi Ferreira, pelo imenso aprendizado e companheirismo que me proporcionaram nos anos em que com elas trabalhei.

Ao Luis Henrick Bússola Pereira, antigo colega de trabalho, que deixou de sê-lo para tornar-se meu amigo e, hoje, meu irmão.

Ao meu orientador, Prof. Heitor Sica, pela oportunidade de contar com seus conhecimentos e solicitude, e pela compreensão que sempre manifestou com os percalços que surgiram ao elaborar essa pesquisa.

E aos muitos amigos e familiares com quem tive o prazer de dividir não só pensamentos sobre este estudo, mas as grandes alegrias da vida, e aos quais não poderei agradecer nominalmente, mas cujos nomes estão gravados no meu coração.

RESUMO

Sinteticamente, o *Third Party Funding* consiste na utilização de recursos de um terceiro para suportar as despesas oriundas de um procedimento, sendo que, em contrapartida, esse terceiro poderá obter benefício financeiro caso a parte por ele financiada seja vencedora no conflito. Trata-se de instituto cada vez mais utilizado em arbitragens e que provoca questionamentos de ordem processual e deontológica. O objeto deste estudo é analisar os possíveis impactos do *Third Party Funding* em arbitragens domésticas no que se refere aos conceitos de independência e imparcialidade do árbitro e, consequentemente, seu dever de revelação, bem como refletir sobre a necessidade de regulamentação do tema no Brasil e caminhos para tanto. Diante do crescimento da utilização do instituto no país, essa pesquisa se justifica pela necessidade premente de reflexão sobre o tema, em benefício da melhor prática arbitral e previsibilidade aos profissionais que atuam na área.

Palavras-chave: Arbitragem. *Third Party Funding*. Independência e Imparcialidade. Dever de Revelação.

ABSTRACT

Briefly, Third Party Funding consists in the use of resources of a third party to support the expenses arising from a procedure, and, in return, this third party may obtain financial benefit if the supported party is victorious in the conflict. This institute has been increasingly used in arbitration, raising procedural and deontological issues. The purpose of this study is to analyze the possible impacts of Third Party Funding in domestic arbitrations regarding the concepts of independence and impartiality of the arbitrator and, consequently, his duty of disclosure, as well as to reflect on the need for regulation of the topic in Brazil and possibilities to do so. Given the increasing usage of the institute in the country, this research is justified by the pressing need to reflect on the subject, for the benefit of better arbitration practice and predictability for the professionals working in the area.

Key words: Arbitration. Third Party Funding. Independence and Impartiality. Duty of Disclosure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. THIRD PARTY FUNDING.....	10
1.1 CONCEITO.....	10
1.2 ENQUADRAMENTO NO DIREITO MATERIAL.....	13
1.2.1 DISTINÇÃO ENTRE O TPF E INSTITUTOS SIMILARES.....	13
1.2.1.1 <i>CONTINGENT FEES</i> OU PACTO <i>QUOTA LITIS</i>	13
1.2.1.2 ALIENAÇÃO DA COISA OU DIREITO LITIGIOSO	14
1.2.1.3 SEGURO PROCESSUAL.....	15
1.2.1.4 CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL	17
1.2.1.5 ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIROS	17
1.2.2 POSSÍVEIS ENQUADRAMENTOS PARA O TPF	18
1.2.2.1 CESSÃO DE CRÉDITO	18
1.2.2.2 CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITO	18
1.2.2.3 SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO	19
1.2.2.4 CONTRATO ATÍPICO.....	20
1.3 UTILIZAÇÃO EM ARBITRAGENS	20
1.3.1 POR QUE CRESCE O TPF NO BRASIL?.....	20
1.3.2 PANORAMA ATUAL DO TPF EM ARBITRAGENS DOMÉSTICAS.....	22
2. CARACTERÍSTICAS DO ÁRBITRO: INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE.....	24
2.1 INDEPENDÊNCIA DO ÁRBITRO	25
2.2 IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO.....	26
2.3 DEVER DE REVELAÇÃO.....	27
3. A RELAÇÃO ENTRE O TPF E O DEVER DE REVELAÇÃO	29
3.1 O ÁRBITRO FRENTE AO TPF: CONSEQUÊNCIAS SOBRE A INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE	29
3.2 DEVER DE REVELAÇÃO PELA PARTE FINANCIADA.....	33
3.2.1 A PARTE DEVE SER OBRIGADA A REVELAR A EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO?	34
3.2.2 A QUEM DEVE SER REVELADA A PRESENÇA DO FINANCIADOR? ..	35
3.2.3 QUANDO DEVE HAVER A REVELAÇÃO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO?	36
3.2.4 QUAL DEVE SER A AMPLITUDE DA REVELAÇÃO?.....	37
3.2.5 O CONTRATO DE FINANCIAMENTO SIGILOSO PODE SER REVELADO?	38
4. EXISTE A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO THIRD PARTY FUNDING NO QUE SE REFERE AO DEVER DE REVELAÇÃO?	38
4.1 SOLUÇÕES PROPOSTAS OU APLICADAS NO BRASIL.....	40
4.1.1 RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 18/2016 DO CAM-CCBC.....	40
4.1.2 PROPOSTA DE CÓDIGO DE CONDUTA DE NAPOLEÃO CASADO FILHO	43
4.2 SOLUÇÕES PROPOSTAS PARA A ARBITRAGEM INTERNACIONAL	45

4.2.1 BEST PRACTICES IN THIRD-PARTY FUNDING ARRANGEMENTS – ICCA TASK FORCE.....	45
CONCLUSÕES: CAMINHOS PARA A REGULAMENTAÇÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar os possíveis impactos causados pelo Third Party Funding no que se refere à independência e imparcialidade do árbitro e, consequentemente, seu dever de revelação, no âmbito das arbitragens nacionais.

O Third Party Funding (“TPF”), ou financiamento de terceiro, na seara do processo arbitral, consiste na utilização de recursos de um terceiro para sustentar as despesas provenientes do procedimento, sendo que esse terceiro obterá participação no benefício proveniente do eventual êxito no litígio, ou seja, caso a parte por ele financiada resulte vencedora.

Cada vez mais buscado em arbitragens internacionais, o tema ainda é pouco regulado no Brasil, muito embora se espere que, cada vez mais, passe a integrar as arbitragens domésticas, provocando diversos questionamentos processuais e deontológicos.

O tema deste estudo se situa no escopo das reflexões processuais que serão trazidas pelo possível crescimento do TPF nas arbitragens domésticas, ao buscar identificar e examinar os possíveis efeitos por ele causados sobre a independência e imparcialidade do árbitro – requisito para o desempenho da sua função, nos termos do art. 13, § 6º da Lei nº 9.307/96 (“Lei de Arbitragem”) – e, em virtude disso, sobre seu dever de revelação, estabelecido pelo art. 14, § 1º da mesma Lei, que denota que aquele indicado para atuar como árbitro deve revelar qualquer fato que indique dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

A discussão, crescente na doutrina internacional, ainda foi pouco examinada no âmbito das arbitragens domésticas. Diante da sua importância – tendo em vista que a ausência de regulamentação e conhecimento a seu respeito pode provocar ocasiões de violação do devido processo legal e até mesmo anulação da sentença arbitral - se revela necessária a continuidade da pesquisa acerca do tema, à luz da Lei de Arbitragem e das particularidades do ordenamento brasileiro.

Diante disso, esta pesquisa pretende identificar possíveis impactos do TPF em arbitragens domésticas quanto à independência e imparcialidade do árbitro; evidenciar quais são as obrigações decorrentes disso no âmbito do seu dever de revelação para, por fim, apresentar possíveis caminhos de regulamentação do TPF no Brasil no que se refere

à independência e imparcialidade do árbitro, permitindo maior segurança aos praticantes da arbitragem.

Com essa finalidade, o presente estudo estará dividido em quatro capítulos.

No primeiro deles, será desenvolvido o conceito de TPF, buscando situá-lo no âmbito do direito material, mediante a reflexão sobre suas semelhanças e distinções relativamente a determinados institutos jurídicos existentes no Brasil. Ademais, apresentar-se-á como se dá a utilização desse instituto em procedimentos arbitrais.

Posteriormente, serão analisados os conceitos de independência e imparcialidade do árbitro à luz da doutrina nacional, bem como examinado pormenorizadamente o dever de revelação previsto na Lei de Arbitragem.

Em sequência, em posse dos conceitos expostos, será estudada a relação entre o TPF e o dever de revelação. Nesse sentido, serão examinadas as potenciais consequências do financiamento de terceiros sobre a independência e imparcialidade do árbitro e, também, a existência de um dever de revelação pela parte que recebeu o suporte financeiro, além de suas peculiaridades.

Por fim, serão formuladas reflexões sobre a necessidade ou não de regulamentação do TPF no que tange ao dever de revelação, mediante, principalmente, o exame de propostas formuladas com esse objetivo no espectro do direito brasileiro e das arbitragens internacionais.

1. *THIRD PARTY FUNDING*

Antes de se analisar os eventuais impactos do TPF sobre o dever de revelação, é necessário determinar de que se trata esse instituto e como ele é utilizado em arbitragens, em âmbito doméstico e internacional.

1.1 CONCEITO

Definir o fenômeno do TPF é uma tarefa reconhecidamente complexa, e seu conceito não é exato.¹ Algumas razões para tal dificuldade são, em síntese: **(i)** a existência de uma ampla gama de modelos de financiamento em desenvolvimento constante; e **(ii)** a semelhança do TPF com outras formas de financiamento existentes.²

Segundo Napoleão Casado Filho, o TPF é um método de financiamento no qual uma entidade alheia ao litígio arca com as despesas dele oriundas no lugar de uma das partes. Ou seja, o financiador suporta os gastos relacionados aos honorários dos árbitros e dos patronos das partes, despesas administrativas e quaisquer outras custas para, em contrapartida, receber uma porcentagem dos ganhos eventualmente auferidos pela parte financiada. Nesse sentido, tratar-se-ia de contrato aleatório, eis que o financiador pode não receber nada caso a parte por ele financiada seja vencida.³

Por sua vez, Carlos Eduardo Stefen Elias sustenta inexistir consenso sobre a definição do contrato de TPF. Assim, indica que existem duas definições: a primeira, mais ampla e vaga, remete à qualquer solução financeira oferecida para uma parte de um processo quanto ao financiamento desse processo; a segunda, mais estrita, considera quatro elementos: **(i)** a existência de capital de uma entidade não relacionada ao litígio; **(ii)** a presença de uma empresa financiadora especializada; **(iii)** a dedicação dessa empresa ao financiamento de litígios e, possivelmente, ao fornecimento de serviços relativos ao processo (como, por exemplo, a escolha e monitoramento da equipe de

¹ SCHERER, Maxi. Third-party funding in international arbitration: towards mandatory disclosure of funding agreements? In: *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Third-party Funding in International Arbitration*. Paris: International Chamber of Commerce, 2013, p. 1; HENRIQUES, Duarte Gorjão. “Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. In: *Revista de Arbitragem e Mediação: RArb*. vol. 51, out-dez 2016. [S.l.], 2016, p. 501.

² ARBITRATION, International Council for Commercial. *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on third-party funding in international arbitration*. Países baixos: ICCA, 2018, pp. 46-47.

³ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem internacional e acesso à justiça: o novo paradigma do third party funding*. Tese de doutorado orientada pelo Prof. Claudio Finkelstein apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 91.

advogados que representará a parte financiada); e **(iv)** o retorno financeiro da empresa financiadora, que, em regra, se manifesta na obtenção de porcentagem de êxito da parte financiada.⁴

Os elementos indicados por Carlos Eduardo Stefen Elias assemelham-se àqueles que Maxi Scherer entende que podem ser utilizados para delimitar o conceito de TPF. Na visão da autora, para que estejamos diante do instituto, o financiador deve ser **(i)** um terceiro em relação ao litígio; **(ii)** profissional (excluindo-se, assim, hipóteses como a de dinheiro emprestado por familiares); e **(iii)** remunerado na forma de uma porcentagem dos benefícios auferidos pelo financiado ou de um múltiplo dos custos do procedimento.⁵

A seu turno, o grupo de pesquisadores formado por membros da International Congress and Convention Association (ICCA) e da Queen Mary University of London (“ICCA Task Force”) define que o TPF se refere a um acordo mediante o qual uma entidade que não integra a disputa se compromete a prover os recursos necessários para suportar a integralidade ou parte do processo, recebendo, em troca, remuneração ou reembolso que depende do resultado da lide, ou o pagamento de um prêmio.⁶

Especificamente quanto à arbitragem, Marcelo Roberto Ferro define o TPF como um fenômeno no qual um terceiro fornece os recursos para custear o procedimento arbitral em troca de uma participação no benefício percebido pela parte em caso de sucesso na lide.⁷

Por fim, merece destaque o entendimento de Duarte Gorjão Henriques, que, embora não apresente uma definição de TPF, suscita que a definição deveria levar em conta o grau de controle que o financiador tem sobre o processo. Com efeito, uma vez que não é incomum que os financiadores acompanhem as equipes de advogados que assessoram as partes financiadas, podendo, em alguns casos, intervir na condução do processo ou na potencial celebração de um acordo de forma a garantir seus interesses, seria essencial que tal fator fosse abarcado por eventual conceito do instituto.⁸

⁴ ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos Árbitros*. Tese de doutorado orientada pelo Prof. Carlos Alberto Carmona apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 210.

⁵ SCHERER, *op. cit.*, pp. 2-3.

⁶ ARBITRATION, *op. cit.*, p. 50.

⁷ FERRO, Marcelo Roberto. Apontamentos sobre a independência dos árbitros. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (org.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 622.

⁸ HENRIQUES, *op. cit.*, pp. 595-596.

Entretanto, adotar tal perspectiva poderia excluir algumas hipóteses que deveriam se enquadrar no conceito de TPF, tendo em vista que diversos acordos dessa natureza *evitam* que o financiador adquira qualquer controle sobre o processo, afastando-se, assim, do risco de macular a legalidade do pacto.⁹

Como visto, a doutrina não atingiu consenso sobre a concepção do instituto, havendo múltiplas definições que abarcam possibilidades mais genéricas e amplas, como a proposta por Marcelo Ferro, e outras que consideram elementos mais específicos, tal qual o conceito indicado por Carlos Elias.

Para as finalidades desse trabalho, adotar-se-á uma definição de TPF que reflita os elementos mais comuns formulados na doutrina sobre o tema, e permita que sejam realizadas análises sobre a eventual relação entre o TPF e o dever de revelação do árbitro e, ao mesmo tempo, diferenciar o instituto de outros similares encontrados na prática jurídica.

Nesse sentido, considerar-se-á que existe uma hipótese de TPF num processo judicial ou arbitral quando **(i)** um terceiro em relação ao litígio arque com o todo ou parte das despesas derivadas desse processo em favor de uma das partes (“primeiro elemento”); e **(ii)** esse terceiro obtenha ou possa obter proveito econômico se o resultado desse processo gerar benefício à parte assistida¹⁰ (“segundo elemento”).

Naturalmente, tal delimitação não visa ser definitiva, mas servir aos propósitos da pesquisa que será objeto desse estudo. No mais, trata-se de caracterização mínima do TPF. Ou seja, a presença de outros fatores – como o caráter profissional do financiador ou o nível de controle que esse exerce sobre o processo – não descaracterizarão o TPF, sendo certo que, por outro lado, a ausência de qualquer dos elementos supracitados afastará o instituto no âmbito dessa pesquisa.

⁹ “In reality, the vast majority of third-party funding arrangements are structured carefully to ensure that the funder does not have control over the case or the claimant. In many jurisdictions, this is essential in order to avoid or minimize the risk of a challenge to the lawfulness of the funding agreement” (ARBITRATION, *op. cit.*, p. 28).

¹⁰ Marcelo Ferro (*op. cit.*, pp. 624-625) faz menção à existência de contratos de financiamento nos quais o terceiro não tem interesse financeiro na demanda, mas apenas no resultado favorável à parte financiada, hipótese aplicável principalmente a organizações não governamentais. Não obstante, compreendemos que tais contratos não se enquadram na concepção adotada de TPF, justamente pela falta de interesse financeiro do terceiro, elemento primordial do instituto conforme a doutrina examinada.

1.2 ENQUADRAMENTO NO DIREITO MATERIAL

Como exposto anteriormente, a definição do TPF é dificultada pela sua similaridade com determinados outros institutos jurídicos, bem como pela miríade de modelos de financiamento possíveis. Portanto, em benefício da clareza desse estudo, faz-se necessário apresentar a distinção entre o conceito de TPF e outros que podem com ele confundir-se, bem como identificar quais institutos podem ser utilizados para a operacionalização do financiamento por terceiros.

Com esse objetivo, a partir do conceito delimitado anteriormente, buscar-se-á identificar de que maneira se diferenciam o TPF e outros institutos jurídicos que podem a ele assemelhar-se, quais sejam: **(i)** as *contingent fees* ou pacto *quota litis*; **(ii)** a alienação da coisa ou direito litigioso; **(iii)** os contratos de seguro processual; **(iv)** a cessão de posição contratual; e **(v)** a estipulação em favor de terceiros.

Em seguida, identificar-se-á determinados institutos jurídicos brasileiros que podem, a nosso ver, atuar como via para a materialização do TPF, sendo eles: **(i)** a cessão de crédito; **(ii)** a cessão fiduciária de crédito; **(iii)** a sociedade em conta de participação; e **(iv)** os contratos atípicos.

1.2.1 DISTINÇÃO ENTRE O TPF E INSTITUTOS SIMILARES

1.2.1.1 *CONTINGENT FEES* OU PACTO *QUOTA LITIS*

Em um contrato de prestação de serviços jurídicos, a inserção de pacto *quota litis* (ou cláusula *quota litis*) significa que os honorários percebidos pelo patrono contratado serão determinados em função dos benefícios obtidos pelo cliente ao final da demanda.¹¹ A prática, prevista expressamente no art. 38 do Código de Ética e Disciplina da OAB, pode se enquadrar no segundo elemento delimitado acima.

A cláusula *quota litis* é substancialmente equivalente às *contingent fees* (ou *conditional fees*). Nesse sentido, como destaca Bernardo Cremades, o TPF nada mais é

¹¹ TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. *Manual de prática civil*. 15ª ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 69.

que uma releitura moderna do acordo de *contingent fees*, e consiste numa *contingente fee* oferecida por não-advogados.¹²

Entretanto, a cláusula *quota litis* não se confunde com o TPF pois o advogado da parte representa a própria parte – assim, não se qualifica como terceiro em relação ao litígio, afastando-se a aplicabilidade do conceito.¹³

1.2.1.2 ALIENAÇÃO DA COISA OU DIREITO LITIGIOSO

A alienação do direito litigioso (ou da coisa litigiosa) consiste na aquisição, pelo adquirente, de um direito substancial *sub judice*. Assim, o adquirente torna-se sucessor do alienante na esfera do direito material.¹⁴

Trata-se, naturalmente, de contrato sujeito à álea. O alienante pode ser o autor ou o réu no processo e sagrar-se vencedor ou vencido quando do seu término. Portanto, ao adquirir a coisa ou direito litigioso, o adquirente assume um risco: se o alienante restar vencedor, o adquirente obtém evidente vantagem, já que quaisquer incertezas que pairassem sobre o bem alienado cessarão. Não obstante, caso o alienante seja derrotado, o adquirente será atingido pelo resultado do processo, podendo, inclusive, nada obter em função do contrato.¹⁵

Com efeito, o art. 109, § 3º do Código de Processo Civil determina expressamente que os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias estender-se-ão ao adquirente ou cessionário. No mais, o *caput* do mesmo dispositivo estabelece que a alienação da coisa ou direito litigioso não altera a legitimidade das partes – ou seja, a alienação sequer acarreta a necessidade de alteração das partes litigantes, sendo certo que

¹² “In essence, third party litigation funding is a modern twist on the classic contingency fee agreement, as it could be described as a contingent fee offered by non-lawyers” (CREMADES, Bernardo M. Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration. In: *Spain Arbitration Review*, 2012, p. 156).

¹³ “Nestes termos, não fará sentido falar de “third party funder” no domínio do desenvolvimento da advocacia: o advogado, como procurador e representante que é da parte, detendo poderes de vinculação da parte representada, não pode deixar de ser considerado como a própria parte e, como tal, nunca pode ser considerado como “terceiro”” (HENRIQUES, *op. cit.*, p. 596). Em igual sentido: LYON, Jason. Revolution in progress: third party funding of american litigation. In: *UCLA Law Review*, n. 58, 2010-2011, p. 577.

¹⁴ LINO, Marcos dos Santos. *Reflexos processuais da alienação da coisa litigiosa*. Dissertação de mestrado orientada pelo Prof. Oreste Nestor de Souza Laspro apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 88.

¹⁵ *Ibidem*, p. 85.

o alienante continuará no processo, mas, em lugar de defender direito próprio, defenderá direito do adquirente.¹⁶

Assim, embora goze de similaridades com o TPF – particularmente por tratar-se, também, de um contrato aleatório, cuja álea reside na obtenção ou não de resultado favorável em um processo judicial, a alienação do direito litigioso não se confunde com o instituto examinado.

A uma, porque, por definição, o adquirente do direito litigioso adquire o próprio direito substancial, passando seus interesses a serem defendidos na lide. Dessa maneira, não se trata de terceiro, alheio ao litígio, restando ausente a caracterização do primeiro elemento.

A duas, porque o adquirente não suporta quaisquer custos derivados do processo, como ocorre no TPF. Com efeito, o bem adquirido se encontra *sub judice*, mas o montante a ser pago para sua aquisição não é oriundo da lide, mas meramente seu objeto. Por outro lado, os valores pagos a título de financiamento no contrato de TPF derivam do próprio litígio – sejam eles concretizados em custas administrativas, honorários dos patronos da parte ou mesmo na condenação que porventura seja imposta ao vencido. Também por essa razão, afasta-se o primeiro elemento.

A três, porque eventual resultado favorável no processo trará benefícios *exclusivamente* ao adquirente. Como já exposto, no TPF, a ocorrência da álea beneficia ambas as Partes, ao passo que, na alienação de coisa ou direito litigioso, o ônus ou os benefícios oriundos da ocorrência ou não da álea impactam apenas o adquirente. Por essa razão, tampouco está qualificado o segundo elemento.

1.2.1.3 SEGURO PROCESSUAL

Em determinadas jurisdições, o TPF é comparado, em termos jurídicos, aos contratos de seguro,¹⁷ razão pela qual opta-se por expor a distinção que pode ser visualizada entre ambos.

Na definição de Napoleão Casado Filho, suportada pelo art. 757 do Código Civil, mediante um contrato de seguro, segurador e segurado negociam as consequências

¹⁶ Ibidem, p. 78.

¹⁷ CASADO FILHO, *op. cit.*, p. 139.

econômicas do risco, sendo certo que o segurador se obriga a reparar tais consequências em troca de um prêmio.¹⁸

O mesmo autor sintetiza as razões pelas quais se compreende que – pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro – tal comparação não prospera.

Em primeiro lugar, no contrato de seguro, o risco faz referência a um evento danoso, enquanto no TPF, a álea (qual seja, a obtenção de resultado favorável na lide) implica acréscimo patrimonial dos envolvidos. Ou seja, o evento coberto pelo seguro é indesejado pelas partes, enquanto no TPF a álea não só é desejada, mas será objeto dos melhores esforços das partes para sua obtenção.¹⁹

Em segundo lugar, no contrato de seguro, paga-se de forma certa e antecipada um montante – o prêmio – para que se assuma o risco do evento danoso. A seu turno, no TPF, a contrapartida é incerta e posterior ao evento desejado.²⁰

Por fim, no contrato de seguros, existe uma pulverização de riscos – trata-se da supressão da álea mediante sua diluição entre todos aqueles que participam da operação de seguro. Por outro lado, no TPF, a ocorrência da álea beneficia ambas as partes, de maneira que tal pulverização não se reflete.²¹

De fato, mesmo se analisados nas circunstâncias de um litígio, os contratos de seguro não se enquadram na definição ora adotada para TPF. A título de exemplo, o seguro garantia judicial, regido pela Circular SUSEP nº 477/2013 – modalidade de seguro que, a nosso ver, mais se aproxima do TPF – pode se enquadrar no primeiro elemento, uma vez que o segurador suportará parte das despesas envolvidas em determinado processo. Não obstante, estará ausente o segundo elemento, visto que o segurador não obterá proveito econômico derivado do resultado do processo: o valor recebido pelo segurador já terá sido pago pelo segurado, e eventual proveito obtido pelo segundo não interessa ao primeiro.²²

¹⁸ Ibidem, p. 141.

¹⁹ Ibidem, p. 142.

²⁰ Ibidem, p. 143.

²¹ Ibidem, p. 143.

²² Também entende tratar-se de institutos distintos HENRIQUES, *op. cit.*, p. 613.

1.2.1.4 CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL

Através da cessão da posição contratual, transfere-se um contrato por inteiro, abrangendo suas condições, obrigações, direitos e deveres. Ou seja, o cedente se retira completamente do negócio, sendo substituído pelo cessionário.²³

O fato de o cedente retirar-se da relação jurídica faz com que a cessão da posição contratual se diferencie do financiamento por terceiros, já que, na prática, o cessionário tornar-se-á o próprio autor da ação – de forma que não se pode falar em “terceiros”, ausentes, portanto, ambos os elementos.

No mais, há um problema de ordem prática na realização da cessão da posição contratual para que ocorra o TPF: muito embora não haja óbice legal para tanto, é incomum que o eventual benefício a ser obtido pelo investidor equivalha ao total do valor em disputa, como ocorreria por meio desse negócio jurídico.²⁴

1.2.1.5 ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIROS

A estipulação em favor de terceiros consiste em negócio jurídico que atribui a um terceiro – alguém alheio ao negócio – uma vantagem patrimonial.²⁵

O negócio jurídico em questão, previsto nos arts. 436 a 438 do Código Civil, tem como um de seus elementos essenciais a gratuidade perante o terceiro. Em outras palavras, não pode ser exigida qualquer contrapartida do beneficiário da estipulação, sob pena de desvirtuar a natureza do negócio.

Consequentemente, o financiamento por terceiros tampouco pode se enquadrar como estipulação em favor de terceiros, pois o financiador deve, para preenchimento do primeiro requisito, arcar com os custos do litígio para que, posteriormente, possa receber eventual vantagem econômica oriunda do êxito da parte financiada.²⁶ Retira-se, portanto, o elemento de gratuidade inerente à estipulação em favor de terceiros.

²³ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020, pp. 87-88.

²⁴ CASADO FILHO, *op. cit.*, p. 169.

²⁵ CARDOSO, *op. cit.*, p. 89.

²⁶ CASADO FILHO, *op. cit.*, p. 170.

1.2.2 POSSÍVEIS ENQUADRAMENTOS PARA O TPF

Expostas as razões pelas quais o TPF não se enquadra nos moldes dos negócios jurídicos anteriores, passar-se-á a verificar quais são as possíveis maneiras de materialização desse fenômeno, por meio de nova análise de compatibilidade entre os requisitos acima delimitados e os elementos que caracterizam os negócios a serem examinados.

1.2.2.1 CESSÃO DE CRÉDITO

A cessão de crédito é um negócio jurídico pelo qual se realiza uma alteração subjetiva da relação obrigacional: transfere-se a qualidade creditória do credor para um terceiro, acompanhada de eventuais acessórios e garantias, sem, contudo, alterar-se o objeto, e mantendo-se o cedente vinculado à relação jurídica.²⁷

A partir dessas definições, parece-nos que o TPF pode ocorrer mediante cessão de crédito, visto que, através dessa figura, torna-se possível posicionar o financiador do litígio de tal forma que esse se torne não o titular do direito material subjacente, mas apenas do seu resultado financeiro (ou parte dele), mantendo-se, portanto, “terceiro” em relação à lide.²⁸

No mais, ambos os elementos estarão presentes se **(i)** a cessão de crédito for realizada como contrapartida ao financiamento do litígio ou parte dele, em observância ao primeiro requisito; e **(ii)** o crédito cedido consistir em eventual benefício econômico a ser percebido pelo financiado – na hipótese, o cedente – em caso de sucesso na lide.

1.2.2.2 CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITO

Mediante a cessão fiduciária de crédito, determinado sujeito, detentor de certa coisa ou direito (fiduciante), transmite-a a outrem (fiduciário) como maneira de garantia, sendo que o fiduciário assume a obrigação de devolver a coisa ou direito quando cumprida

²⁷ CARDOSO, *op. cit.*, p. 91.

²⁸ *Ibidem*, p. 94.

a obrigação subjacente. Nesse negócio jurídico, “a transmissão não é o próprio escopo, mas objetiva apenas garantir uma obrigação principal”.²⁹

No contexto de um procedimento arbitral, o investidor tornar-se-ia credor fiduciário e a parte investida equivaleria ao devedor fiduciante. O devedor permaneceria na propriedade dos créditos até o término do procedimento (condição resolutiva do contrato de investimento), quando esses seriam transmitidos ao investidor.³⁰

Portanto, presentes os dois elementos, já que, através da cessão fiduciária de crédito, **(i)** o investidor poderá arcar com os custos do procedimento arbitral e, em contrapartida, **(ii)** receber vantagem financeira em virtude do êxito da parte investida, conforme as condições contratuais.³¹

1.2.2.3 SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

A sociedade em conta de participação é uma sociedade não personificada que produz efeitos exclusivamente entre seus sócios – ou seja, não gera quaisquer efeitos perante terceiros, nos termos do art. 993 do Código Civil. Seus sócios enquadram-se em duas categorias: **(i)** o sócio ostensivo, responsável pela execução da atividade-fim da empresa; e **(ii)** o sócio participante, fornecedor de recursos ao primeiro e detentor do direito de participar dos lucros da sociedade.³²

Parece-nos que o TPF pode ocorrer mediante constituição de sociedade em conta de participação. Com efeito, para tanto, a parte financiada atuaria como sócia ostensiva, ao passo que o financiador agiria como sócio participante. Nesses moldes, o financiado seria responsável pelo litígio do qual é titular do direito subjacente, e o financiador forneceria recursos à sociedade, sem participar de qualquer maneira da lide, mas detendo o direito de receber benefícios referentes à eventual vitória do sócio ostensivo, em termos celebrados internamente na sociedade.³³

A utilização da sociedade em conta de participação para operacionalizar o TPF tem como principal vantagem o fato de que o financiador não poderia ser chamado a

²⁹ Ibidem, pp. 90-91.

³⁰ CASADO FILHO, *op. cit.*, pp. 172-173.

³¹ Napoleão Casado Filho (*op. cit.*, p. 173) consigna que a cessão fiduciária de créditos, sendo mera cessão de crédito acrescida da alienação fiduciária, seria a forma mais apropriada de se concretizar o TPF.

³² CARDOSO, *op. cit.*, p. 100.

³³ Ibidem, pp. 100-101.

integrar o litígio ou ser responsabilizado pela potencial derrota do financiado, eis que a responsabilidade junto a terceiros cabe apenas ao sócio ostensivo.³⁴

1.2.2.4 CONTRATO ATÍPICO

Por fim, recorda-se que o Código Civil permite, em seu art. 425, a estipulação de contratos atípicos, desde que observadas as normas gerais fixadas pela lei.

Em outras palavras, podem as partes criar negócios jurídicos que não sejam regulados expressamente pela lei, conquanto observem os requisitos de validade do art. 104 do Código Civil: sejam elas capazes, o objeto do negócio seja lícito e possível e sua forma seja prescrita ou não defesa em lei.³⁵

Entendemos que não há óbice à realização de TPF via a celebração de contrato atípico, sob condição de que sejam observados os elementos delineados anteriormente para caracterização desse instituto.

1.3 UTILIZAÇÃO EM ARBITRAGENS

Delimitado o conceito de TPF que será utilizado no curso desse estudo e expostas as distinções entre esse instituto e outros similares, passa-se a examinar mais detalhadamente a sua aplicação no âmbito da arbitragem.

Assim, em primeiro lugar, refletir-se-á sobre uma possível razão de fortalecimento e crescimento do TPF no Brasil. Em sequência, será realizado um panorama geral da utilização atual do instituto em arbitragens domésticas, que permitirá a continuidade do trabalho.

1.3.1 POR QUE CRESCE O TPF NO BRASIL?

O processo arbitral no Brasil é conhecido por, no mais das vezes, ser mais caro que o processo judicial. A título exemplificativo, no Estado de São Paulo, a regra geral é

³⁴ Ibidem, p. 101.

³⁵ NERY JUNIOR., Nelson, NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*. 1ª ed. em e-book baseada na 11.ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1146

que as custas processuais equivalham a 1% do valor da causa,³⁶ sendo que existe um teto de custas que, no ano de 2020, equivaleu a R\$ 87.270.³⁷ Considerando tais dados, no Estado de São Paulo, um processo judicial cujo valor de causa seja igual a R\$ 8.727.000,00 (oito milhões, setecentos e vinte e sete mil reais) terá custas no montante de R\$ 87.270. Essa mesma causa, se levada à arbitragem, teria suas custas em montante extremamente superior.

Por exemplo, no Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”), esse valor de causa implicaria custas de R\$ 275.915,00, para a parte autora e R\$ 271.915,00 para a ré, caso as partes tenham optado por submeter o litígio à apreciação de um Tribunal Arbitral, e R\$ 146.828,00 para a parte autora e R\$ 142.828,00 para a ré, caso tenham optado por ter a lide julgada por um árbitro único.³⁸

Naturalmente, a diferença já considerável apenas se destaca ainda mais quando se trata de casos cujo valor de causa é superior ao exemplo trabalhado, uma vez que as custas com a arbitragem serão ainda mais elevadas, ao passo que, se submetidas ao Poder Judiciário do Estado de São Paulo, estariam limitadas ao teto de R\$ 87.270. Nesse âmbito, conforme dados do CAM-CCBC, no ano de 2019, foram iniciados 97 procedimentos arbitrais, cujo valor de causa médio é de R\$ 88.000.000,00.³⁹ Ou seja, trata-se de procedimentos com valor de causa elevadíssimo, cujas custas são ainda mais discrepantes quando comparadas ao teto supramencionado.⁴⁰

Outrossim, destaca-se que não é possível solicitar o benefício da gratuidade da justiça no âmbito do procedimento arbitral,⁴¹ sendo, ainda, que a parte não poderá se valer de alegação de hipossuficiência para tentar invalidar a convenção de arbitragem.⁴²

O entendimento de que a arbitragem é mais onerosa que o judiciário pode ser confrontado, tendo em vista que, no processo arbitral – em regra – não são aplicáveis os honorários de sucumbência, a não ser que as Partes decidam, consensualmente, em

³⁶ CASADO FILHO, *op. cit.*, p. 95.

³⁷ Disponível em: <<https://www.oabsp.org.br/servicos/tabelas/tabela-de-custas/justica-estadual//>>. Acesso em 30 mar 2021.

³⁸ Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora-2019/>>. Acesso em 30 mar 2021.

³⁹ Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/arbitragem-estatisticas/>>. Acesso em 31 mar 2021.

⁴⁰ Optou-se por realizar a comparação com o CAM-CCBC por tratar-se de Câmara de amplo reconhecimento nacional e em virtude da disponibilização de dados que permitem uma visão concreta dos valores em disputa em arbitragens administradas pela instituição.

⁴¹ CASADO FILHO, *op. cit.*, p. 67; CARMONA, *op. cit.*, p. 297.

⁴² *Ibidem*.

sentido contrário,⁴³ ao passo que, nas demandas submetidas ao Poder Judiciário, a condenação nesses honorários é impositiva, por força do art. 85 do Código de Processo Civil.⁴⁴

Não obstante, a “fama” da arbitragem custosa ainda se faz presente, de maneira que, seja, de fato, pelos seus custos, seja pelo seu renome, o processo arbitral no Brasil é território fértil para o crescimento do TPF, uma vez que é possível supor que o motivo principal pelo qual as partes buscam ter sua demanda financiada por terceiros é justamente a ausência de recursos financeiros para fazê-lo por si só.⁴⁵

1.3.2 PANORAMA ATUAL DO TPF EM ARBITRAGENS DOMÉSTICAS

Ao tempo desse estudo, não foram localizados estatísticas sobre o uso do TPF em arbitragens domésticas – o que pode se dever à incipiência de sua aplicação no Brasil, aliada à tendência de que os procedimentos arbitrais tramitem sob sigilo, seja decorrente

⁴³ Parece-nos que esse é o entendimento majoritário da doutrina: “De toda sorte, a melhor orientação parece ser no sentido de que, em procedimentos arbitrais, não havendo consenso, os árbitros devem seguir a orientação do artigo 27 da Lei específica, indicando a responsabilidade das partes somente com relação às custas e às despesas (aqui inclusos os honorários do advogado), mas não impondo os ônus da sucumbência.” (NEVES, José Roberto Castro. Os honorários advocatícios de sucumbência na arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coords.). *20 Anos da Lei de Arbitragem, Homenagem a Petrônio Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 647). No mesmo sentido: ROCHA, José de Albuquerque. *A lei de arbitragem*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 88; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. V. 3. 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009, n. 1868, p. 168 e n. 1876, 176; e MARTINS, Pedro A. Batista. *Apostamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 176.

Não obstante, o entendimento contrário também encontra guarida: “Resta saber se, ausente qualquer avença das partes acerca das verbas sucumbenciais, poderá o árbitro dispor a respeito na sentença que vier a proferir. Impõe-se a afirmativa: com efeito, se nada tiver sido estipulado sobre a incidência de honorários advocatícios, deve-se entender que o árbitro está autorizado a utilizar os parâmetros estabelecidos pelo Código de Processo Civil”. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 214). No mesmo sentido: PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, pp. 302-303.

Se adotada a segunda corrente, um dos argumentos favoráveis à tese de que o processo judicial é mais oneroso que o arbitral pode ser prejudicado, a depender da aplicação ou não dos honorários sucumbenciais pelos painéis arbitrais.

⁴⁴ Nessa linha: SICA, Heitor Vitor Mendonça; PIMENTEL, Wilson. Custo do processo arbitral *versus* custo do processo judicial: uma análise econômica da realidade brasileira. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. XVII n. 68, out./dez. 2020, pp. 42-66.

⁴⁵ CASADO FILHO, *op. cit.*, p. 98.

de acordo entre as Partes, seja em virtude de disposições presentes no regulamento da maioria das câmaras arbitrais brasileiras.⁴⁶

Não obstante, efeitos do crescimento do TPF no Brasil já podem ser percebidos. A título de exemplo, em 2016, o CAM-CCBC expediu Resolução Administrativa regulando, expressamente, o financiamento de terceiros na arbitragem. Trata-se da Resolução Administrativa nº 18/2016. Dentre suas disposições, consta um conceito de TPF (art. 1º) e até mesmo a indicação de que a presença de um terceiro financiador pode gerar dúvida razoável sobre a imparcialidade ou independência dos árbitros (art. 3º) – a Resolução é pioneira no país e mitiga potenciais problemas oriundos do TPF em arbitragens domésticas (*infra*, 4.1.1).

Entretanto, é certo que a regulação do TPF no país ainda é extremamente limitada. Para além da Resolução Administrativa do CAM-CCBC (ou seja, normativa aplicável exclusivamente aos procedimentos arbitrais regidos sob essa instituição), não se conhece outros dispositivos legais ou normas de outra instituição de arbitragem que regulem o tema.

A realidade brasileira é reflexo da conjuntura internacional sobre o tópico, na qual as iniciativas de regulação do TPF ainda são escassas.⁴⁷ Não obstante, destaca-se que já existem algumas disposições de naturezas diversas regulamentando a prática, presentes em regulamentos de instituições de arbitragem,⁴⁸ diretrizes para a prática arbitral,⁴⁹ legislações⁵⁰ e tratados internacionais.⁵¹

⁴⁶ HADDAD, Ana Olivia Antunes. *A transparência do processo arbitral*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob orientação do Prof. Heitor Vitor Mendonça Fralino Sica. São Paulo, 2020, p. 38.

⁴⁷ ELIAS, *op. cit.*, pp. 209-210, NR 652.

⁴⁸ A título de exemplo, as Regras de Arbitragem de 2021 da CCI apresentam uma determinação relativa ao TPF em seu art. 11 (7), relacionando-a ao tema do dever de revelação do árbitro.

⁴⁹ As “IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration” determinam, em seu *general standard* 6 (a), que uma parte deverá informar ao Tribunal Arbitral acerca de qualquer relação existente entre ela e qualquer pessoa ou entidade que tenha um interesse econômico direto na sentença a ser proferida. Naturalmente, pode ocorrer “interesse econômico direto” em diversas hipóteses que não se qualificariam como TPF – por exemplo, o patrono da parte que atua com cláusula *quota litis* tem interesse econômico direto no *decisum* do Tribunal Arbitral, sem, contudo, que haja TPF. Entretanto, a previsão genérica do *general standard* abarca, também, a concepção de TPF anteriormente estipulada.

⁵⁰ Vide Hong Kong Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017. Disponível em: <<https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>>. Acesso em 05.04.2021.

⁵¹ O “Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)”, tratado comercial celebrado entre o Canadá e a União Europeia, possui disposições específicas acerca do TPF em eventual arbitragem de investimentos decorrente dos termos do acordo (artigo 8.26).

A ausência de regulamentação acerca do TPF nas arbitragens é particularmente relevante quando percebidos seus potenciais impactos sobre a independência e a imparcialidade do árbitro. Como será exposto, existem múltiplas situações em que a presença de um terceiro financiador pode provocar dúvidas acerca de tais elementos, essenciais para a atuação do árbitro – tanto que foram positivados no art. 13, § 6º da Lei de Arbitragem.

2. CARACTERÍSTICAS DO ÁRBITRO: INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE

A independência e imparcialidade do árbitro são basilares para o processo arbitral, sendo resguardados expressamente pelo art. 13, § 6º, da Lei de Arbitragem. Não obstante, a lei não se ocupa de definir esses termos ou diferenciá-los, cabendo, precipuamente, à doutrina formular essa distinção.

Destaca-se que a interpretação dos termos independência e imparcialidade não é uma questão premente apenas no Brasil. Pelo contrário, os diversos ordenamentos jurídicos trazem múltiplos entendimentos que podem ser completamente opostos: a título de exemplo, a doutrina sueca compreende que a independência está contida na imparcialidade, ao passo que a doutrina suíça compreende que a imparcialidade é consequência da independência; havendo, ainda, orientações no sentido de que cada conceito abarca um conteúdo próprio, devendo afastar-se os termos.⁵²

A despeito das distinções e seja qual for a corrente interpretativa adotada, é certo que há um vínculo entre a independência e a imparcialidade, eis que ambos se relacionam com o ideal de que o julgamento do árbitro (ou do juiz togado) ocorra de forma justa e imparcial.⁵³

Parece-nos que a doutrina brasileira, sem olvidar das dificuldades relacionadas à delimitação dos conceitos em exame, atribui-lhes conteúdos distintos e específicos, ainda que muito interligados: por exemplo, Francisco José Cahali compreende que apenas a ausência de imparcialidade seria causa para invalidação da sentença arbitral, ao passo que

⁵² ELIAS, *op. cit.*, p. 19.

⁵³ MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 108; ALVES, Rafael Francisco. A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal? In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 07, ano 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 119.

a falta de independência seria mera razão para recusa do árbitro.⁵⁴ Também diferenciando os atributos, Carlos Eduardo Stefen Elias sustenta que a independência seria mero indicativo da imparcialidade do árbitro, sem sequer possuir função processual própria.⁵⁵

Portanto, optou-se por estudar cada um desses elementos de maneira individualizada, à luz da literatura nacional, para que se possa, posteriormente, verificar de que maneira poderia o TPF se relacionar com esses conceitos.

2.1 INDEPENDÊNCIA DO ÁRBITRO

De forma sintética, Carlos Alberto Carmona define que “[a] independência é a isenção do órgão julgador de qualquer pressão ou coação que possa intimidá-lo no exercício de sua função”.⁵⁶

Aprofundando a definição, Carlos Elias afirma que a independência do árbitro pode ser maculada pela existência de relações entre ele e uma das partes ou seus patronos, sejam tais vínculos oriundos de razões financeiras, sentimentais, familiares ou mesmo fruto de uma identificação de grupo, em função de nacionalidade ou filiação profissional.⁵⁷

Por sua vez, Selma Lemes sustenta que a independência é a manutenção, pelo árbitro, de uma posição tal qual fará com que seu julgamento não seja influenciado por interferências de terceiros ou das partes. Na visão da autora, esse elemento da atuação do árbitro estaria relacionado a critérios objetivos de verificação.⁵⁸

Similar é o entendimento de Pedro Baptista Martins, que define como independente aquele árbitro que não está ligado por vínculo próximo profissional ou

⁵⁴ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução* CNJ 125/2010. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 215.

⁵⁵ “Para que reste claro: a independência do árbitro não possui função processual própria, diferentemente da imparcialidade. Quando muito, a primeira pode ser: (i) um *indicativo* da segunda, pois quando identificada uma relação que envolve a noção de independência, ou melhor, a ausência dela nessa relação, poder-se-á analisar se ela satisfaz as premissas de estrutura e conteúdo que caracterizam a parcialidade do árbitro; ou (ii) um guia para que o árbitro exerça seu dever de revelação, apontando as relações que manteve ou mantém com as partes e que poderiam aos olhos destas, ser indicativo de aparência de parcialidade.” (ELIAS, *op. cit.*, p. 188)

⁵⁶ CARMONA, 2011, p. 7.

⁵⁷ ELIAS, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁸ LEMES, Selma Maria Ferreira. A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 26, abr-jun/2010, p. 23. Em igual sentido: “Muito próxima à imparcialidade, pois o resultado de sua falta compromete a isenção do árbitro no julgamento, a independência é aferida sob critérios objetivos: inexistência de qualquer relação de sujeição ou vínculo de natureza econômica, profissional, moral, social, afetiva com as partes” (CAHALI, *op. cit.*, p. 218).

pessoal com qualquer das partes ou seus advogados, além de não possuir interesse no objeto do litígio, sendo que o autor também pondera tratar-se de um elemento passível de apuração objetiva.⁵⁹

Ainda que a independência do árbitro possa, em tese, ser verificada objetivamente, deve-se considerar que o entendimento *in concreto* do que é um vínculo próximo, capaz de macular a independência do julgador, depende de avaliação subjetiva, mitigando o teor de objetividade desse elemento.⁶⁰

2.2 IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO

A doutrina brasileira relaciona, com frequência, a imparcialidade do árbitro à equidistância que deve ser mantida pelo julgador em relação às Partes.⁶¹ Nas palavras de Carlos Elias, a independência do árbitro estaria conectada à ausência de vínculos estreitos entre o árbitro e as partes, ao passo que sua imparcialidade teria relação com a inclinação do árbitro a favorecer uma das partes do processo que lhe foi submetido a julgamento, sendo que essa tendência não teria conexão com o relacionamento entre o árbitro e a parte favorecida, mas seria originada preconcepções do árbitro a respeito dos litigantes ou do conteúdo da lide.⁶² Em igual sentido, Carlos Alberto Carmona relaciona a imparcialidade à desvinculação do julgador em relação às partes e seus interesses.⁶³

Ressalte-se que a imparcialidade do árbitro pode também ser prejudicada por sentimentos negativos que ele tenha em relação a quaisquer das partes – trata-se do que se chama parcialidade inversa, tão capaz de prejudicar as decisões do árbitro quando eventual predileção que tenha por um dos litigantes.⁶⁴

O ensinamento coaduna com a percepção de Selma Lemes, que pondera que a imparcialidade se relaciona com critérios subjetivos, já que externaria um estado de

⁵⁹ MARTINS, *op. cit.*, p. 188.

⁶⁰ MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Introdução à Arbitragem*: Coletânea de Artigos de Joaquim de Paiva Muniz. [s.l.]: [s.n.], 2020, p. 27.

⁶¹ Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 28, jan/2011, p. 52: “*Imparcialidade* significa que o julgador deve manter equidistância em relação às partes, tendo então obrigação de revelar às partes qualquer fato que possa – aos olhos delas, partes – comprometer de alguma forma a capacidade de isenção do julgador”; ALVES, *op. cit.*, p. 121.

⁶² ELIAS, *op. cit.*, p. 20.

⁶³ CARMONA, 2011 p. 7.

⁶⁴ CAHALI, *op. cit.*, p. 216.

espírito.⁶⁵ Com efeito, ao passo que vínculos objetivos entre o árbitro e as partes podem ser facilmente percebidos, a detecção de tendências e preconceções do julgador não é uma tarefa simples, particularmente tendo em vista que podem ser inconscientes e sequer notadas pelo próprio árbitro.⁶⁶

No mais, necessário notar que a imparcialidade não se confunde com neutralidade: o árbitro não deve ser obstado de atuar em virtude de seus valores, ideologias e convicções, mesmo quando tornadas públicas.⁶⁷ Nesse sentido, Selma Lemes afirma que “neutralidade pressupõe a indiferença, o que é difícil de ser concebido. Ser imparcial é resolver a controvérsia de acordo com o seu livre convencimento [...], de acordo com o seu modo de entender e fixar suas convicções sobre o assunto”.⁶⁸

2.3 DEVER DE REVELAÇÃO

A Lei de Arbitragem estipula que aqueles indicados para atuar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que possa causar dúvida justificada no que se refere à sua imparcialidade e independência.

Trata-se do chamado dever de revelação, que consiste no dever incumbido ao árbitro de informar às partes, que pretendem tê-lo como julgador de sua lide, quaisquer circunstâncias capazes de afetar seu julgamento. Seu fundamento é, justamente, fazer com que as partes conheçam eventuais fatos que possam impedir ou mitigar a capacidade do árbitro de proferir uma decisão objetiva sobre o litígio a ele submetido.⁶⁹

Destaca-se que o objeto da revelação não deve ser delimitado pelo que o árbitro, subjetivamente, entende que deve ser informado – o árbitro deve considerar a ótica das partes e revelar todos os fatos pertinentes à sua independência e imparcialidade que as

⁶⁵ LEMES, *op. cit.*, p. 23. Também no sentido de que a imparcialidade seria próxima a um estado mental ou estado de espírito: “As discussed above, partiality, or ‘bias’ is a subjective state of mind [...] Unless an arbitrator publicly announces his partiality or is overheard in a moment of private admission, it is difficult to imagine how ‘proof’ would be obtained” (GUSY, Martin F.; HOSKING, James M.; SCHWARTZ, Franz T. A guide to the ICDR International Arbitration Rules. New York: Oxford University Press, 2011, p. 111). Ainda: FOUCHARD, Philippe. *Fouchard-Gaillard-Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999., p. 564; MUNIZ, *op. cit.*, pp. 27-28.

⁶⁶ Ver: COELHO, Eleonora. A tomada de decisão dos árbitros: a ignorada e relevante influência dos vieses inconscientes. In Estudos de Direito: Uma Homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães. São Paulo: Atelier Jurídico, 2018, p. 801-832.

⁶⁷ CAHALI, *op. cit.*, p. 217.

⁶⁸ LEMES, Selma Ferreira. *Árbitro. Princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: LTr, 2001, p. 63.

⁶⁹ MARQUES, *op. cit.*, p. 140.

partes poderiam desejar conhecer,⁷⁰ devendo buscar todas as potenciais causas de conflito de interesses, mediante verificação de seus contatos profissionais, acadêmicos e pessoais, a fim de eliminar as possibilidades de ter tido qualquer relação que, aos olhos das partes, possa parecer problemática. Em outras palavras, o dever de revelação abarca o dever de investigar.⁷¹

Esse entendimento (que, para além da doutrina, é reproduzido em *soft law*)⁷² acarreta grande dificuldade, já que leva o árbitro a precisar supor quais elementos deveriam, na visão das partes, ser revelados, sob pena de submeter-se ao risco de uma futura sentença sofrer ameaça de nulidade, pois proferida por árbitro que não cumpre os requisitos para exercer a função: ser independente e imparcial.

Por sua vez, esse receio também traz consequências negativas: de um lado, o dever de revelação pode ser expandido, levando o árbitro a revelar qualquer fato que possa ter alguma conexão remota com a causa que a ele será submetida. Ao fazê-lo, se porventura deixar de informar algo, tal fato – ainda que mínimo – pode ser utilizado para pleitear a nulidade da sentença, eis que deveria ter sido revelado junto do exaustivo conjunto de informações antes suscitadas pelo árbitro. De outro, o julgador pode buscar revelar apenas os fatos que lhe pareçam mais relevantes e, nessa conduta, deixar de informar algo que uma das partes entenda relevante, sujeitando, também, a futura sentença à ameaça de nulidade.⁷³

Tal preocupação também é externada por Ricardo Dalmaso Marques, que reitera a possibilidade que um dever de revelação exaustivo se torne um “*overdisclosure*”, oferecendo verdadeira munição para que uma parte que não atue de boa-fé busque prejudicar o processo arbitral.⁷⁴

Não obstante, ressalte-se que, segundo a doutrina brasileira, o descumprimento do dever de revelação – ainda que comprovado – não constitui, por si só, causa suficiente para anulação da sentença arbitral.⁷⁵ Ou seja, ainda que o debate acerca de extensão do

⁷⁰ LEMES, 2010, p. 26.

⁷¹ ELIAS, *op. cit.*, pp. 195-196.

⁷² Nessa linha, as IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration preveem, em seu item 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 or independence. Failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge, if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries.”

⁷³ CARMONA, 2011, p. 53.

⁷⁴ MARQUES, *op. cit.*, p. 189.

⁷⁵ ELIAS, *op. cit.*, p. 203, NR 629.

dever de revelar seja contemporâneo e complexo, a falha em revelar não será, necessariamente, fundamento para que a sentença proferida pelo árbitro seja nula, conquanto tal fato não seja acompanhado de outras razões que justifiquem a nulidade do *decisum*.

Mais que permitir que as partes conheçam os elementos informados, o exercício do dever de revelação permite, a um só tempo, que as partes, conhecendo os fatos relacionados ao árbitro, solicitem a sua substituição, mediante o procedimento de recusa, ou tornem-se impedidas de suscitar as questões reveladas posteriormente. Portanto, consiste em um momento de estabilização do tribunal arbitral.⁷⁶

Contudo, isso não implica afirmar que o dever de revelação se encerra quando o proposto árbitro apresenta os fatos que considera pertinentes. Pelo contrário, como prevê a Lei de Arbitragem (que preconiza a continuidade da independência e da imparcialidade do árbitro no exercício de sua função) e a doutrina, trata-se de um dever contínuo, sendo certo que, surgindo novos elementos que deveriam ser revelados, cabe ao árbitro apresentá-los às partes, até que se encerre a jurisdição arbitral.⁷⁷

3. A RELAÇÃO ENTRE O TPF E O DEVER DE REVELAÇÃO

Exposta a relevância do dever de revelação dentro do processo arbitral, esse capítulo se prestará a examinar de que maneira o TPF, em virtude da inserção da figura do financiador no contexto do litígio, pode ou não interferir com a independência e/ou imparcialidade do julgador, bem como a tecer conclusões sobre o exercício do dever de revelar em arbitragens com presença de financiamento de terceiros, tanto na ótica do árbitro quanto da parte financiada.

3.1 O ÁRBITRO FRENTE AO TPF: CONSEQUÊNCIAS SOBRE A INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE

Como já mencionado, a Lei de Arbitragem estipula que aquele indicado para atuar como árbitro deve revelar qualquer fato que denote dúvida justificada sobre sua independência e imparcialidade. Assim, a questão que permeia o vínculo entre o TPF e o

⁷⁶ MARQUES, *op. cit.*, pp. 141-142.

⁷⁷ MARQUES, *op. cit.* p. 254; CARMONA, 2010, p. 254.

dever de revelação é: poderia a presença do terceiro financiador originar, aos olhos das partes, questionamentos acerca dessas características fundamentais do árbitro, passíveis de atrair a exigência do dever de revelação?

A doutrina nacional aparenta reconhecer que o TPF não pode ser visualizado como um fenômeno completamente alheio ao procedimento arbitral subjacente, por distintas razões: como destaca Ricardo Dalmaso, a equidistância do julgador deve ser avaliada considerando-se todas as relações por ele vivenciadas – que podem sequer estar evidentes ao próprio árbitro –, incluindo os interessados no processo arbitral, como eventuais financiadores.⁷⁸

Nesse sentido, Marcelo Roberto Ferro pondera que o dever de revelação do árbitro não deve se exaurir com a avaliação de sua equidistância junto das partes do processo, devendo, também, abranger terceiros como um potencial financiador, que, em sua leitura, equivale a uma “quase parte”:

“O fato é que, mesmo não integrando de maneira formal e expressa a relação processual, o terceiro se faz presente com o provimento dos recursos necessários a que uma das partes arque com os custos do seu pleito, em contrapartida do benefício financeiro advindo da vitória da parte financiada. Não é, portanto, alguém completamente estranho à lide. Assim, em nosso juízo, a função desses dois fatores – pagamento das despesas processuais e interesse direto no resultado da demanda –, o transforma em uma “quase-parte”, devendo, pois, sua esfera de interesses ser contemplada pelo árbitro quando da verificação de sua independência.”⁷⁹

De fato, na visão de Carlos Elias, a utilização do TPF pode ocasionar situações de aparência de parcialidade do árbitro, como quando ele, sem contato anterior com as partes da lide que lhe foi submetida a julgamento, advoga para determinada companhia que é suportada pela mesma financiadora que suporta uma das partes no procedimento arbitral.⁸⁰

Ainda, Napoleão Casado Filho aponta o risco de que uma parte, visando afetar a independência do árbitro, busque o financiamento de um terceiro capaz de gerar tumulto processual, tal qual, no processo judicial, o litigante pode mudar de advogado para tentar impedir magistrado que já tenha revelado entendimento que lhe seja desfavorável.⁸¹

⁷⁸ MARQUES, *op. cit.*, p. 170.

⁷⁹ FERRO, *op. cit.*, p. 638.

⁸⁰ ELIAS, *op. cit.*, p. 210.

⁸¹ CASADO FILHO, *op. cit.*, pp. 109-110.

Com efeito, a participação efetiva de um terceiro na demanda, a depender das circunstâncias avaliadas pelo árbitro e pelas próprias partes (considerando que o padrão de independência do árbitro se mede na ótica dos litigantes), pode comprometer a higidez do procedimento arbitral.⁸²

Em igual sentido, a doutrina internacional contempla que o TPF pode ser causa de falta – ou aparência de falta - de imparcialidade e independência do árbitro. A título de exemplo, Duarte Gorjão Henriques menciona as hipóteses **(i)** de caso em que um litígio tenha como financiador uma instituição para a qual o árbitro trabalhe ou tenha trabalhado recentemente; **(ii)** de repetidas nomeações de determinado árbitro por advogado ou sociedade de advogados financiada pelo mesmo terceiro; e **(iii)** de litígio no qual haja uma parte financiada pelo mesmo financiador que provê recursos ao árbitro em outro processo, independente do primeiro, no qual aquele atua como advogado.⁸³

Muito embora seja claro o entendimento de que o TPF é capaz de afetar as características basilares do julgador, os ensinamentos doutrinários ora mencionados demonstram que não há um consenso sobre se a presença do financiador terá influência sobre a independência do árbitro, sobre sua imparcialidade, ou sobre ambas. Essa inconclusividade pode derivar da falta de uma limitação clara entre os dois conceitos, seja no ordenamento pátrio, seja no direito estrangeiro.

Nossa análise é de que o TPF pode ocasionar dúvidas razoáveis tanto acerca da independência do árbitro quanto a respeito de sua imparcialidade, em função das circunstâncias do caso concreto.

Entendendo, na linha do que foi anteriormente exposto acerca do tema (*supra*, 2.1 e 2.2), que a independência pode ser auferida com base em critérios objetivos e a imparcialidade, por sua vez, em critérios subjetivos, torna-se simples exemplificar situações distintas nas quais a presença do terceiro financiador impactaria cada um desses elementos.

⁸² FERRO, *op. cit.*, p. 633.

⁸³ HENRIQUES, *op. cit.*, pp. 597-598.

Maxi Scherer também concebe que o TPF pode impactar a imparcialidade e independência do árbitro: “For instance, assume that in arbitration A1 one of the parties is funded by the funder F and the presiding arbitrator is X. Now, assume further that X is counsel to the claimant in another unrelated arbitration A2 and that the claim in this case is funded by the same funder F. The fact that X’s fees in A2 are paid by F and that X is likely to have significant contacts with F on the basis of the funding agreement makes it inappropriate for X to sit as an arbitrator in A1. In other words, X is not impartial and independent vis-à-vis the claimant in A1, since the claimant is funded by the same funder F that also has a say on X’s financial income in A2” (SCHERER, *op. cit.*, p. 97).

Para visualizar uma ocasião em que a presença do TPF macularia a aparência de independência do árbitro, basta que se imagine que o financiador de uma das partes em determinado procedimento arbitral é, também, empregador do árbitro que atua nesse procedimento. Nessa hipótese, a sentença proferida produzirá efeitos, também, sobre o próprio árbitro, quer seja pelo descontentamento de quem lhe emprega, quer seja pelo benefício que será auferido pelo financiador em virtude da decisão do seu empregado. Trata-se de relação direta e objetiva a atingir o potencial julgador.

A seu turno, remetemos ao exemplo trazido por Carlos Elias sobre uma hipótese na qual a imparcialidade do árbitro pareceria afetada: em determinado processo, o árbitro advoga para a companhia X, suportada por determinada financiadora. Posteriormente, é indicado para atuar como árbitro em procedimento no qual uma das partes é financiada pela mesma financiadora.⁸⁴ Nessa proposição, ainda que não haja um vínculo direto entre árbitro e terceiro, é natural que, aos olhos das partes, o julgador pareça imparcial, por ter um elemento de influência capaz de mitigar a liberdade que dele é esperada para, com base em suas convicções, formular o *decisum*.

Portanto, compreendemos que a determinação de qual característica do árbitro – se sua independência ou imparcialidade – poderia ser afetada pela presença de um TPF é, em um primeiro momento, dependente de qual é o conceito adotado para cada um desses elementos, e, em um segundo instante, casuística: parece-nos inviável estipular, de maneira teórica e abstrata, que o TPF poderia ser fator de impacto em apenas uma dessas características.

Contudo, à parte as distinções teóricas, a consequência prática da existência de um contrato de financiamento no âmbito de um procedimento arbitral não se altera: resta claro que o TPF pode ter implicações relevantes na independência e/ou imparcialidade do árbitro, que devem por ele ser examinadas na investigação que precede o exercício do seu dever de revelação, sendo irrelevante para essa conclusão indicar qual desses fatores seria primariamente afetado.

⁸⁴ ELIAS, *op. cit.*, p. 210.

3.2 DEVER DE REVELAÇÃO PELA PARTE FINANCIADA

Portanto, compreende-se que os árbitros devem estudar a existência de quaisquer relações problemáticas com o financiador de uma das partes da lide e levá-las ao conhecimento dos litigantes. Entretanto, esse entendimento levanta uma nova série de questionamentos.

De início, não há no ordenamento jurídico brasileiro (ou na prática arbitral internacional)⁸⁵ norma estipulando que as partes terão que comunicar a existência de um contrato de financiamento, sendo certo que o interesse do financiador, ou mesmo do financiado, pode ser em sentido oposto, pela manutenção do sigilo de seu vínculo.⁸⁶

Outrossim, ainda que o litigante financiado opte por revelar o do financiamento, não há delimitação de qual deve ser a extensão dessa revelação: deve ocorrer apenas perante o tribunal arbitral ou também deve ser feita à contraparte? Quando deve ocorrer? Deve ser notificada apenas a existência do financiador ou também detalhes do contrato de financiamento? Como se deve proceder diante da presença de cláusula de confidencialidade no contrato celebrado entre financiador e financiado?

Sob essa ótica, é possível afirmar que há (ou pode haver) um dever de revelação a ser cumprido *pela parte financiada*, contraposto ao dever a ser exercido pelo próprio árbitro, mesmo porque a revelação deste último depende do conhecimento da existência do contrato de financiamento.

Portanto, passar-se-á a enfrentar os questionamentos apresentados, buscando-se mitigar algumas dúvidas relevantes que permeiam a utilização do TPF em arbitragens no Brasil.

⁸⁵ OSMANOGLU, Burcu. Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest. In: *Journal of International Arbitration*, v. 32. Haia: Kluwer Law International, 2015, p. 337; VON GOELER, Jonas. Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure. In: *International Arbitration Law Library*, v. 35. Haia: Kluwer Law International, 2016, p. 126.

⁸⁶ CASADO FILHO, *op. cit.*, pp. 159-161.

3.2.1 A PARTE DEVE SER OBRIGADA A REVELAR A EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO?

Sabendo-se que não há norma que obrigue a parte financiada a revelar a ocorrência do TPF, a primeira pergunta a ser respondida é se tal parte pode e deve, de alguma maneira, ser demandada a apresentar essa informação.

Uma corrente minoritária da doutrina entende que essa obrigação seria desnecessária. Nessa linha, sustenta-se que: **(i)** o TPF não elevaria a ocorrência de conflitos de interesse, pois se trataria de uma entre múltiplas formas de auxílio financeiro, cuja fonte é irrelevante para o mérito da disputa; **(ii)** a revelação poderia aumentar o número de impugnações descabidas ou pedidos infundados de *security for costs*; e **(iii)** os árbitros não poderiam ser desafiados com base em conflito de interesses que lhes fosse desconhecido.⁸⁷

Contudo, essas ponderações devem ser rebatidas. Com relação ao primeiro argumento, compreendemos que o TPF pode ocasionar conflitos de interesse para o tribunal arbitral, como já exposto (*supra*, 3.1).

Outrossim, ao definir acerca da necessidade de *security for costs*, um tribunal arbitral não iria considerar exclusivamente a existência de um acordo de TPF, mas todas as circunstâncias conhecidas acerca da situação financeira dos litigantes. Nesse sentido, conhecer o contrato de financiamento permitiria aos árbitros sopesar adequadamente essas circunstâncias e, então, exigir a *security for costs*.⁸⁸

Por fim, o argumento de que os árbitros não poderiam ter suas nomeações impugnadas em virtude de conflito que desconheciam parece trazer risco desnecessário ao procedimento arbitral: ainda que, em tese, seja possível que os julgadores não tenham ciência do TPF, a não revelação implica que, se um árbitro tomar ciência do acordo de financiamento no curso do procedimento e ter sua independência ou imparcialidade com base nele, serão causados prejuízos ao andamento da arbitragem, já que um dos árbitros

⁸⁷ TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. Aspectos do Third-Party Funding e o Dever de revelação do árbitro. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 64/2020, Jan-Mar/2020. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 12.

⁸⁸ FRIGNATI, Valentina. Ethical implications of third-party funding in international arbitration. In: PARK, William W. (ed). *Arbitration International*, v. 32. Oxford University Press, 2016, p. 518. Em sentido contrário, Gary Born indica que, presente o TPF, há um argumento sólido para que seja ordenada a *security for costs*: “Where a party appears to lack assets to satisfy a final costs award but is pursuing claims in an arbitration with the funding of a third party, then a strong prima facie case for security for costs exists.” (BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*, 2nd ed. Kluwer Law International: 2014, p. 2496.)

terá que se afastar da lide durante seu trâmite, sob pena de colocar em cheque a própria sentença arbitral.⁸⁹

De fato, o entendimento que hoje prevalece é o de que deve haver uma obrigação para que a parte financiada revele a existência do terceiro financiador, caso isso não ocorra de forma espontânea. Marcelo Ferro coloca que, para tanto, os árbitros poderiam exortar às partes que prestassem tal informação, incluindo-a no Termo de Arbitragem ou de maneira posterior, mediante ordem processual.⁹⁰

Com efeito, na ausência de previsão legal no sentido de que o financiado identifique a presença do TPF no procedimento arbitral, parece-nos que a solução proposta é apropriada. Poder-se-ia sugerir a inserção de normatização nos regulamentos das câmaras de arbitragem dispondo que eventuais contratos de TPF deveriam ser revelados, mas essa estipulação não seria capaz de legitimar a desconsideração de cláusula de confidencialidade que possa existir no acordo de financiamento (como será analisado no item 3.2.5, *infra*). Assim, a ordem emanada dos árbitros garante que seja suprida a necessidade de revelação sem o risco de a parte se ver impedida de cumprir a obrigação sem violar o contrato celebrado com o terceiro.

3.2.2 A QUEM DEVE SER REVELADA A PRESENÇA DO FINANCIADOR?

O segundo questionamento suscitado é, se a parte está obrigada a revelar a existência do contrato de financiamento, a quem deve fazê-lo – aos árbitros, exclusivamente, ou também à contraparte?

O entendimento da doutrina majoritária é no sentido de que tal revelação deve, também, ser realizada ao adversário do financiado. Isso porque a análise da equidistância do árbitro não lhe cabe com exclusividade, sendo certo que as partes também devem, após examinarem eventuais informações que lhes foram disponibilizadas pelo julgador, decidir se depositam nele sua confiança ou se possuem dúvida acerca de sua independência e imparcialidade.⁹¹ Ou seja, a ausência dessa revelação privaria a contraparte de checar as

⁸⁹ Nesse sentido: “It could seriously disrupt the arbitral process if an arbitrator learns about the existence of the funding agreement during the course of the proceedings and needs to step down after a significant part of the arbitration has already been completed” (SCHERER, *op. cit.*, p. 98).

⁹⁰ FERRO, *op. cit.*, 634.

⁹¹ CASADO FILHO, *op. cit.*, p. 165.

relações do árbitro com o financiador e, se necessário, formular impugnação à sua nomeação.⁹²

Tal entendimento se fortalece porque o dever de revelação não tem como justificativa única a possibilidade de que os árbitros avaliem sua independência e imparcialidade, eis que serve, também, para garantir que o adversário do financiado saiba contra quem ele está, de fato, litigando.⁹³ Portanto, ainda que a presença do financiador não pudesse impactar as características essenciais do árbitro – e entendemos em sentido contrário –, seria possível sustentar que, de igual maneira, caberia à parte revelar ao adversário a existência do contrato de financiamento.

3.2.3 QUANDO DEVE HAVER A REVELAÇÃO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO?

Quanto ao momento em que a parte financiada deve, efetivamente, levar ao conhecimento do árbitro o contrato de financiamento, Napoleão Casado Filho indica que deve ser logo no início do procedimento ou assim que o financiamento ocorrer, se posterior à inauguração da arbitragem. Com efeito, o financiamento poderia implicar consequências sobre a validade da constituição do tribunal arbitral e até mesmo sobre a exequibilidade da sentença a ser proferida, justificando a revelação com máxima antecedência.⁹⁴

De maneira distinta, Marcelo Ferro insta que a revelação deve ocorrer já na consulta prévia feita ao potencial árbitro para o litígio, permitindo que aquele possa fazer desde então sua checagem de conflito e apontar, em sua declaração de independência, ter tido ciência da presença do terceiro financiador.⁹⁵

⁹² ELIAS, *op. cit.*, pp. 210-211.

Também em defesa da necessidade de revelação à parte adversa: “Second, to whom should the third-party funding be disclosed: the arbitral tribunal or all parties and players involved in the arbitration? The above-mentioned reasons for disclosure (i.e., to assess the necessity of security for costs and in order to avoid conflicts of interest) suggest that disclosure to the arbitral tribunal in the first instance might be sufficient. This is because the tribunal will be the ultimate decision-maker with regard to security for costs and conflicts of interest. However, disclosure to the arbitral tribunal could raise important issues regarding procedural fairness or the right to be heard for the other party, which would not have the opportunity to present its case on questions related to costs or conflicts of interest.” (SCHERER, *op. cit.*, p. 99)

⁹³ FERRO, *op. cit.*, pp. 628-629.

⁹⁴ CASADO FILHO, *op. cit.*, p. 166.

⁹⁵ FERRO, *op. cit.*, p. 633.

3.2.4 QUAL DEVE SER A AMPLITUDE DA REVELAÇÃO?

Outra questão relevante se refere à abrangência da revelação a ser feita pela parte financiada: quanto basta para permitir aos árbitros e à contraparte a verificação de eventuais conflitos de interesses? Deve ser exposto apenas o nome do financiador ou também detalhes do contrato de financiamento?

Marcelo Ferro compreende que a revelação não deve abarcar as particularidades do acordo, tais quais o valor financiado ou direitos conferidos ao financiador para a condução do procedimento arbitral. Portanto, bastaria que fossem identificados aqueles que obterão benefício direto se a parte financiada obtiver êxito na demanda.⁹⁶

Idêntico é o entendimento de Napoleão Casado Filho, que pondera que a revelação deve abranger apenas as informações essenciais para o exame de eventual influência nos árbitros. Ou seja, o financiador deveria informar a existência do financiador e identificá-lo, sem trazer ao conhecimento dos demais participantes do procedimento quaisquer outros detalhes contratuais.⁹⁷

Não obstante, Maxi Scherer sustenta que, em determinadas situações, a verificação de potenciais conflitos de interesse pode fazer com que seja necessária a apresentação dos termos exatos do contrato de financiamento – por exemplo, o nível de controle que o financiador tenha sobre o andamento do procedimento arbitral pode ser pertinente para que se possa auferir o grau de independência de um árbitro que com ele guarde alguma relação.⁹⁸ Em contrapartida, a chance de que as minúcias do financiamento tenham que ser reveladas pode ser um fator problemático para os financiadores (que, como já sublinhado, tendem a preferir que sequer a existência do contrato de TPF seja mencionada), o que pode afastá-los de potenciais causas em que haja relações remotas com algum dos árbitros ou nas quais haja alguma regulamentação institucional que demande uma revelação mais extensiva, por exemplo.

⁹⁶ FERRO, *op. cit.*, pp. 636-637.

⁹⁷ CASADO FILHO, *op. cit.*, p. 166.

⁹⁸ SCHERER, *op. cit.*, p. 99.

3.2.5 O CONTRATO DE FINANCIAMENTO SIGILOSO PODE SER REVELADO?

Por fim, questiona-se qual seria a consequência de uma cláusula de confidencialidade no contrato de financiamento, que obstasse a revelação de sua existência a quaisquer terceiros.

Naturalmente, a presença dessa cláusula fará com que a parte financiada não revele o financiamento *ex officio*. Entretanto, parece que a questão pode ser solucionada com relativa simplicidade, bastando que o árbitro ou tribunal arbitral exija dos litigantes a informação acerca da existência ou não de um TPF na lide que lhe foi submetida. Assim, o financiado poderia expor a existência do financiamento em cumprimento à ordem oriunda de autoridade legal, afastando a incidência da cláusula de confidencialidade.⁹⁹

Todavia, esse questionamento guarda particular relevância ao se estudar possíveis caminhos de regulamentação do TPF e do dever de revelação, como será feito adiante. Isso porque a solução apresentada acima exige uma conduta ativa do árbitro ou tribunal arbitral, equivalente a uma decisão emanada de autoridade judicial, no sentido de demandar a revelação. Consequentemente, eventual regulamentação de câmara de arbitragem no sentido de exigir das partes a revelação não bastaria para suplantear a cláusula de confidencialidade pactuada, o que configura um elemento adicional a se levar em consideração na formulação de normativas sobre o tema.

4. EXISTE A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO *THIRD PARTY FUNDING* NO QUE SE REFERE AO DEVER DE REVELAÇÃO?

Até o momento, tem-se que o TPF – e particularmente a figura do terceiro financiador – é capaz de, potencialmente, afetar a aparência de independência e imparcialidade do árbitro, trazendo riscos à formação do painel arbitral e até mesmo à sentença eventualmente proferida. Em virtude disso, concluiu-se que **(i)** o árbitro deve perquirir as relações que porventura tenha com o financiador e levá-las ao conhecimento das partes mediante o exercício do dever de revelação; e que **(ii)** para tanto, a parte

⁹⁹ FERRO, *op. cit.*, pp. 634-635; FRIGNATI, *op. cit.*, p. 516.

financiada deve – seja voluntariamente, seja em decorrência de obrigação emanada dos próprios árbitros ou outro meio – revelar ao árbitro que se encontra suportada financeiramente no procedimento, por terceiro que poderá ser beneficiado pela decisão arbitral.

Não obstante, como já mencionado, até o momento não existe no ordenamento brasileiro legislação específica ou mesmo *soft law* de ampla aceitação sobre o tema, ainda em rápido desenvolvimento, sujeitando os praticantes da arbitragem à incerteza no que se refere ao TPF e a relação por ele guardada com o dever de revelação do árbitro.

Portanto, indaga-se acerca da necessidade ou não de formulação de diretrizes (seja na forma de lei ou de *soft law*) para balizar a atuação dos árbitros e das partes envolvidas em procedimento arbitral no qual figure um terceiro financiador.

Reconhecendo as particularidades do TPF, Marcelo Ferro sustenta não entender necessária a criação de leis ou diretivas de *soft law* para reger as questões relativas à independência do árbitro em função do TPF. Pelo contrário, considera que as soluções referentes ao tema devem ser casuísticas, deixadas à discricção dos envolvidos no caso concreto.¹⁰⁰

Em contrapartida, Napoleão Casado Filho também considera indesejável a regulação do TPF através de lei, mas propõe que a prática poderia ser balizada por normas de governança corporativa,¹⁰¹ apresentando para tanto uma proposta de código de conduta para o exercício do TPF em arbitragens, que será posteriormente analisada.

No mesmo sentido, a ICCA Task Force buscou, em seu estudo, desenvolver uma proposta de *soft law* que apresenta as melhores práticas arbitrais no que se refere ao TPF e ao dever de revelação, com a finalidade de elevar a consistência e permitir a tomada de decisões informadas na solução de questões relativas a esses temas.¹⁰²

À ótica das arbitragens internacionais, Jonas Von Goeler indica que as regras e práticas já existentes sobre o dever de revelação bastariam para solucionar as questões oriundas do TPF. Nessa linha, pondera que seria inadequado criar uma regra específica que se referisse ao financiamento por terceiros, sob pena de potencialmente prejudicar a

¹⁰⁰ FERRO, p. 639.

¹⁰¹ CASADO FILHO, pp. 137-138.

¹⁰² ARBITRATION, *op. cit.*, p. 185.

flexibilidade do procedimento arbitral, essencial para solucionar os problemas inéditos que nele surgirem.¹⁰³

Maxi Scherer suscita outras dificuldades que podem se originar da obrigação de *disclosure* de um TPF no âmbito de um procedimento arbitral. Em sua leitura, tal obrigação teria como maior obstáculo a própria imprecisão da definição de TPF, que tornaria complexa a determinação de quais situações de financiamento em arbitragens estariam sujeitas à normativa que porventura governe dado procedimento.¹⁰⁴

Apesar das divergências acerca da necessidade e conveniência da regulamentação do TPF em procedimentos arbitrais, é certo que existem propostas de regulamentação e até mesmo normativas já aplicadas a respeito do tema no direito brasileiro e estrangeiro. Assim, buscar-se-á expor os principais caminhos de regulamentação já sugeridos ou existentes no Brasil e na arbitragem internacional,¹⁰⁵ bem como ponderar a seu respeito, de forma a se obter substrato para mais aprofundada reflexão sobre a possibilidade de sua aplicação em maior escala no Brasil.

4.1 SOLUÇÕES PROPOSTAS OU APLICADAS NO BRASIL

4.1.1 RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 18/2016 DO CAM-CCBC

Em 2016, o CAM-CCBC promulgou a Resolução Administrativa nº 18/2016,¹⁰⁶ com a finalidade de orientar as partes e árbitros a respeito de como abordar o TPF em procedimento arbitrais administrados por essa Câmara. Trata-se de iniciativa pioneira – é a primeira câmara de arbitragem do Brasil a formular qualquer diretiva relacionada ao financiamento de terceiros. Abaixo, serão formulados comentários sobre os dispositivos 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

¹⁰³ VON GOELER, pp. 160-161.

¹⁰⁴ SCHERER, Maxi, p. 98.

¹⁰⁵ Por recorte metodológico, não foram analisadas propostas ou regulamentações existentes no direito estrangeiro, em função das particularidades de cada ordenamento jurídico, não abarcadas nesse estudo. No mais, destaca-se que as propostas estudadas são aquelas que nos eram conhecidas ao tempo da elaboração desta pesquisa.

¹⁰⁶ Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/>. Acesso em 20.10.2021.

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.

Artigo 2º – *São considerados “custos do procedimento arbitral” qualquer valor despendido com o procedimento, englobando, mas não se limitando, as custas administrativas, honorários dos árbitros, honorários de experts, honorários advocatícios, custas e honorários sucumbenciais e valores de condenação.”*

A definição de TPF formulada pela Câmara no art. 1º da Resolução prevê, em síntese, **(i)** a existência de um terceiro, alheio ao procedimento arbitral, que forneça recursos para uma das partes; e **(ii)** que, em contrapartida, esse terceiro possa receber parte dos eventuais benefícios percebidos pela parte financiada. O conceito parece sintetizar os elementos mais comuns da doutrina sobre o tema, e reflete perfeitamente a definição anteriormente formulada para o TPF (*supra*, 1.1).

Por sua vez, o art. 2º da Resolução se presta a definir, de maneira não exaustiva, a que correspondem os custos do procedimento arbitral. Dessa forma, a interpretação conjunta dos dois primeiros dispositivos revela que, se o terceiro suportar a parte no pagamento de quaisquer das despesas exemplificadas (ou de outras oriundas do procedimento), tal suporte será considerado financiamento de terceiro.

Artigo 3º – *A presença de um terceiro financiador pode gerar uma dúvida razoável sobre a imparcialidade ou independência dos árbitros, em razão de possível relacionamento prévio ou atual entre o árbitro e o terceiro financiador.*

Artigo 4º – *A fim de evitar possíveis conflitos de interesse, o CAM-CCBC recomenda às partes que informem a existência de financiamento de terceiro ao CAM-CCBC na primeira oportunidade possível. Na referida informação deverá constar a qualificação completa do financiador.*

Artigo 5º – *De posse desta informação, o CAM-CCBC convidará os árbitros a procederem à checagem de conflito e revelarem qualquer fato que possa gerar uma dúvida justificável sobre sua independência e imparcialidade. A informação sobre financiamento de terceiro também será fornecida à parte contrária.”*

Definido o TPF e as situações nas quais considerar-se-á estar diante desse tipo de contrato, o CAM-CCBC determina, nos artigos seguintes, que **(i)** a presença do financiador pode suscitar dúvida sobre a independência ou imparcialidade dos árbitros; **(ii)** portanto, é recomendado às partes que informem a existência de TPF à Câmara, no primeiro momento possível, identificando o financiador; e **(iii)** após receber essa informação, o CAM-CCBC a repassará aos árbitros e à contraparte, para fins de checagem de conflito e exercício do dever de revelação.

Ao afirmar que o TPF pode impactar as características essenciais do árbitro e, por isso, recomendar à parte financiada que revele a existência do financiamento, a Câmara replica o entendimento doutrinário acerca do tema. Além disso, destaca-se que o CAM-CCBC dispõe expressamente que essa informação será levada ao conhecimento da contraparte, também em consonância com a compreensão doutrinária já exposta (*supra*, 3.2.2).

No art. 4º da Resolução, é estipulado que a parte deve revelar a “qualificação completa do financiador”. Entendemos que a Câmara determina expressamente a amplitude da revelação a ser feita, no sentido de que apenas a identificação do financiador bastará para os fins a que se presta, sendo desnecessária a exposição de detalhes do contrato de financiamento.

A doutrina não é uníssona a esse respeito (*supra*, 3.2.4), sendo que essa determinação pode afetar, em alguns casos, a percepção de conflitos de interesse eventualmente existentes. Não obstante, é necessário considerar que a exigência de uma revelação mais abrangente poderia fugir ao propósito da Resolução, que, por não ser emanada de autoridade judicial, sequer tem natureza cogente.

Por fim, cabe ressaltar que nesse mesmo ponto reside o principal questionamento a ser feito sobre a Resolução: sua aplicação pode ser inviabilizada na hipótese em que a parte tenha celebrado contrato de financiamento no qual conste cláusula de confidencialidade, sujeitando o procedimento arbitral ao risco de problemas oriundos de um conflito de interesses inicialmente desconhecido. Isso porque o financiado não poderia cumprir a resolução sem violar o contrato, já que não haveria ordem de autoridade judicial capaz de suplantar a cláusula que estipula sua confidencialidade (*supra*, 3.2.5).

Diante disso, parece-nos que a Resolução elaborada pelo CAM-CCBC trata apropriadamente dos temas mais sensíveis sobre o TPF em procedimentos arbitrais, e

poderá facilitar a abordagem dos profissionais da arbitragem nos procedimentos ocorridos na Câmara. Entretanto, a ressalva de que determinados contratos não podem ser revelados nos moldes propostos deve ser considerada, devendo o árbitro zelar para que possa obter essa informação por outra via e exercer seu dever de revelação apropriadamente.

4.1.2 PROPOSTA DE CÓDIGO DE CONDUTA DE NAPOLEÃO CASADO FILHO

Reconhecendo a necessidade de adoção de diretivas para evitar os problemas que podem surgir do TPF, Napoleão Casado Filho apresenta uma inovadora proposta de Código de Conduta para Financiamento de Arbitragens Internacionais. Portanto, está-se diante de sugestão de *soft law* a ser adotada *pelos financiadores* – ou seja, sua observância não caberia às partes/patronos de eventual procedimento arbitral ou aos árbitros, mas aos terceiros que proverão recursos para um dos litigantes.

Tendo em vista que se trata de um código voltado aos financiadores, foram selecionados apenas os dispositivos relacionados ao objeto desse estudo para análise.¹⁰⁷ Contudo, antes de se prosseguir ao exame em questão, destaca-se que, a nosso ver, a regulamentação do TPF não pode ocorrer *apenas* com a adoção de regras pelos financiadores, sendo necessário que sejam formuladas diretrizes também aos árbitros – que serão, efetivamente, afetados no exercício de sua função pela existência do financiamento.

Não obstante, não há dúvidas que um código de conduta voltado aos investidores poderia atuar complementarmente às diretivas formuladas para os árbitros, contribuindo para o aperfeiçoamento do instituto do TPF e da prática arbitral no que se refere ao dever de revelação.

“Regra n. 3. *Em nenhuma hipótese o investimento em arbitragem deve se dar de forma a criar qualquer suspeita no procedimento, em especial com relação a criar algum constrangimento para quaisquer dos árbitros já designados para julgar a demanda.”*

A primeira regra examinada visa evitar que o TPF seja utilizado como forma de atingir a independência e imparcialidade do árbitro, levando-o a renunciar à função ou

¹⁰⁷ Para o inteiro teor da proposta, ver: CASADO FILHO, *op. cit.*, pp. 186-188.

abrir margem para sua recusa.

A preocupação é legítima: em um mercado ainda em crescimento, com limitada oferta de financiadores, torna-se fácil supor que a parte poderia contratar determinado financiador com o intuito de obstar que o árbitro atue na causa.

Naturalmente, distinguir essa situação daquela na qual a contratação ocorreu sem esse objetivo não é simples, mas tampouco aparenta necessitar de regulação ainda mais específica: essa determinação deve ficar ao juízo dos árbitros, sendo que o tribunal arbitral tem poderes inerentes para anular o contrato firmado apenas para perturbar o procedimento, em casos extremos.¹⁰⁸

“Regra n. 9. O acordo de investimento deve ser sigiloso e as partes devem se valer dos seus melhores esforços para assegurar seu caráter confidencial. Contudo, em caso de, por qualquer forma, haver conhecimento pelo Tribunal Arbitral sobre a existência do acordo, as partes deverão prestar esclarecimentos imediatamente, confirmando a existência do acordo e passando informações sobre os investidores que se beneficiarão do investimento.”

A disposição estabelece que o TPF deve ser sigiloso, e que sua revelação apenas deve ocorrer na eventualidade de os árbitros tomarem conhecimento a seu respeito.

Entendemos que a regra não configura a melhor abordagem para o financiamento de terceiros em arbitragens. A partir da compreensão de que a presença do financiador pode impactar a independência e imparcialidade do árbitro, a opção pelo sigilo coloca a higidez do procedimento arbitral em risco: pode ser que o julgador atue em situação de claro conflito de interesses sem sequer sabê-lo e, vindo à tona tal informação, as consequências podem ser diversas, desde a necessidade de renúncia de um dos árbitros durante o curso do procedimento, prejudicando seu andamento, até a sujeição de eventual *decisum* já proferido à ação anulatória ajuizada pela parte que não fora financiada.

Pelo contrário, entendemos que a melhor prática seria no sentido de, no primeiro momento possível, identificar o financiador aos árbitros e ao adversário, permitindo ao primeiro o exercício do dever de revelação, e ao segundo a oportunidade de recusá-lo com base nas relações existentes entre o árbitro e o financiador, se o caso.

¹⁰⁸ CASADO FILHO, *op. cit.*, p. 110.

4.2 SOLUÇÕES PROPOSTAS PARA A ARBITRAGEM INTERNACIONAL

4.2.1 BEST PRACTICES IN THIRD-PARTY FUNDING ARRANGEMENTS – ICCA TASK FORCE

Também visando oferecer diretivas acerca do que consistem nas melhores práticas para as partes, patronos e árbitros no que se refere ao TPF, a ICCA Task Force elaborou uma série de *guidelines* acerca do tema, na forma de *soft law* que poderia ser aplicada em arbitragens internacionais. Abaixo serão examinadas as disposições relevantes para este estudo.¹⁰⁹

“1. Principles Regarding Disclosure and Conflicts of Interest

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 ICCA Task Force partilha da preocupação aqui já expressada, no sentido de que a presença de um TPF em uma arbitragem pode provocar a aparência de conflitos de interesses com relação ao árbitro. Exatamente por isso, **(i)** prevê que as partes ou seus patronos devem, voluntariamente, informar a existência de um contrato nesses moldes, bem como a identidade do financiador, no primeiro momento possível; e **(ii)** assegura aos tribunais e instituições arbitrais a autoridade para solicitar que as partes revelem se estão recebendo suporte de um terceiro financiador e, em caso positivo, a identidade desse.

Nossa visão é de que, aplicada corretamente, a diretriz solucionaria uma das questões mais prementes relativas ao TPF, que se refere justamente à revelação do

¹⁰⁹ Para o inteiro teor da proposta, ver: ARBITRATION, *op. cit.*, pp. 188-197.

contrato. As disposições norteiam as partes e seus patronos a revelarem a existência do financiamento, sem descuidar de garantir que os árbitros possam expressamente solicitar essa revelação, caso não ocorra de maneira espontânea. Ao mesmo tempo, a ICCA Task Force aplica os entendimentos majoritários da doutrina nacional e internacional ao orientar que a revelação deve ocorrer no primeiro momento viável e que deve apenas dispor sobre a identidade do financiador, sem a necessidade de exposição detalhada do contrato de financiamento.

Todavia, a diretiva peca ao não estabelecer a necessidade de revelação do contrato de financiamento ao adversário na disputa – pelo contrário, versa que essa informação deve ser direcionada aos árbitros e instituição arbitral, o que, na nossa compreensão, prejudica o direito da parte de examinar apropriadamente as relações entre árbitro e financiador (*supra*, 3.2.2).

“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.”

O terceiro artigo das *guidelines* propostas visa definir o conceito aplicável de TPF. Mais uma vez, resta claro que a definição se baseia no principal entendimento doutrinário, e seu resultado se assemelha àquele construído anteriormente nesta pesquisa (*supra*, 1.1), prevendo **(i)** que um terceiro suporte financeiramente uma das partes litigantes com relação às despesas surgidas da arbitragem; e **(ii)** que esse suporte tenha como contrapartida a possível obtenção de benefício em função do resultado da lide.

Entretanto, destaca-se que o conceito elaborado pela ICCA Task Force também enquadra como financiador aquele que realiza uma doação ou *grant*, sem, portanto, possuir interesse financeiro no resultado do procedimento. Trata-se de uma distinção

conceitual em relação ao principal entendimento doutrinário, que reconhece esse interesse como elemento basilar do TPF (*supra*, 1.1).

“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.”

Por fim, a ICCA Task Force estipula que, uma vez revelada a existência de TPF, os árbitros devem proceder ao exercício do dever de revelação (que, rememore-se, abarca o dever de investigar) e quaisquer condutas exigidas.

CONCLUSÕES: CAMINHOS PARA A REGULAMENTAÇÃO

Partindo de todo o exposto neste estudo e nas normativas analisadas, compreendemos ser possível e conveniente regulamentar o TPF nas arbitragens domésticas, principalmente no que se refere ao dever de revelação. Isso porque, como visto, a presença de um terceiro financiador é fator apto a provocar consequências na independência e imparcialidade do árbitro e, por consequência, coloca em risco a higidez de todo o procedimento.

A escolha de método para formular tal regulamentação é desafiadora. A princípio, entendemos que fazê-lo por meio de lei seria inapropriado: o TPF é um instituto em rápido desenvolvimento e que se situa – considerando sua aplicação em arbitragens – dentro de um procedimento marcado por sua flexibilidade e deferência à autonomia das partes, sendo certo que a rigidez legal pode trazer as consequências indesejáveis de mitigar possibilidades de evolução dos contratos de financiamento ou mesmo reduzir seu uso.

Em contrapartida, a elaboração de *soft law*, nos moldes daquela sugerida pela ICCA Task Force, parece suprir a necessidade de guia para os praticantes da arbitragem, sem os efeitos negativos que poderiam ser causados por lei que regesse o tema. Com efeito, a aplicação de *soft law* na arbitragem já é corrente, havendo determinadas diretivas cuja aceitação é ampla, como, por exemplo, as diversas regras e diretrizes da International Bar Association. Naturalmente, a formulação e adoção dessas diretivas deve ser fruto de intenso estudo e sintetização das práticas já adotadas pela comunidade arbitral, mesmo porque, como qualquer *soft law*, sua aplicabilidade dependeria da aceitação que tivesse dentre os praticantes da área.

No mais, ressalta-se que esse caminho pode ser adotado *em conjunto* com outros, como, a exemplo, a adoção de um código de conduta para investidores, nos moldes propostos por Napoleão Casado Filho, ou a inserção do tema nos regulamentos e/ou resoluções das Câmaras Arbitrais, como feito pelo CAM-CCBC.

Nossa visão é de que uma proposta adequada para regulamentar o tema deveria levar em consideração as principais perguntas suscitadas nesta pesquisa, considerando-se, ainda, que tais questões partem da premissa de que o TPF *pode ser causa* de impactos na independência e imparcialidade do árbitro – a ausência dessa premissa faz com que os questionamentos dela derivadas percam seu objeto.

Nesse sentido, qualquer que seja o meio adotado para reger este tópico, compreendemos que deve estipular adequadamente **(i)** se a parte deve revelar a existência do contrato de financiamento; **(ii)** em caso positivo, se essa revelação deve ser feita apenas aos árbitros ou também à contraparte; **(iii)** o momento em que deve haver a revelação; **(iv)** qual deve ser sua amplitude; e apresentar **(v)** uma solução apropriada para os casos em que o contrato de financiamento tenha caráter sigiloso. Essas são as principais problemáticas envolvidas com o TPF e seu potencial de provocar conflitos de interesses junto dos árbitros, que não podem ser olvidadas em eventual regulamentação, sem prejuízo de outras questões que possam ser abordadas.

Outrossim, nos resta enaltecer a conduta do CAM-CCBC de elaborar um Resolução Administrativa que versa sobre o TPF. Enquanto não forem formuladas diretivas mais abrangentes e aprofundadas acerca do tema, essa nos parece uma maneira adequada de mitigar os potenciais riscos vinculados à utilização do financiamento de terceiros, e acreditamos que sua aplicação – independentemente do teor do regulamento - deva ser estudada por outras câmaras arbitrais, até mesmo para nortear as partes e seus patronos sobre as particularidades da atuação de cada câmara no que se refere ao TPF nos procedimentos por ela administrados.

Por fim, com a possível utilização cada vez mais frequente do TPF nas arbitragens domésticas, é natural que a temática de sua regulamentação seja examinada com mais frequência e aprofundamento. O tema, ainda lacunoso, deve tornar-se gradativamente mais presente no cotidiano da prática da arbitragem, e as dúvidas que o circundam tendem a ser solucionadas com a construção de balizas pela comunidade arbitral. Não obstante, não há dúvidas que o TPF ainda trilhará um longo caminho de evolução, e novos desafios serão encontrados no curso desse processo. Esta pesquisa não busca esgotar todos os questionamentos já existentes sobre o financiamento de terceiros, tampouco antecipar aqueles que eventualmente surgirão – contudo, objetiva suscitar maior reflexão acerca de um tópico que, hoje, não encontra na literatura o reflexo de sua importância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rafael Francisco. A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal? In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 07, ano 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ARBITRATION, International Council for Commercial. *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on third-party funding in international arbitration*. Países baixos: ICCA, 2018.

ASSOCIATION, International Bar. *IBA Guidelines on Conflicts of Interest In International Arbitration*. Londres: International Bar Association, 2014. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918>>. Acesso em 04 abr 2021.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*, 2nd ed. Kluwer Law International: 2014.

BOVO, Paula Ferreira. Financiamento de Litígios Judiciais por Terceiros (“Third Party Funding”): uma ótica processual. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 14, vol. 21, n. 2, maio a agosto de 2020. Rio de Janeiro: 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 14 jun 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 10 mai 2021.

BRASIL. Lei nº 9.307/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em 05 abr 2021.

BRASIL, Ordem dos Advogados do. *Tabela de Custas da Justiça Estadual de São Paulo*. Disponível em: <<https://www.oabsp.org.br/servicos/tabelas/tabela-de-custas/justica-estadual//>>. Acesso em 30 mar 2021.

BRASIL-CANADÁ, Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio. *Calculadora e tabela de despesas referente ao ano de 2019*. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora-2019/>>. Acesso em 30 mar 2021.

BRASIL-CANADÁ, Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio. *Relatório anual do CAM-CCBC*. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/arbitragem-estatisticas/>>. Acesso em 31 mar 2021.

BRASIL-CANADÁ, Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio. *Resolução Administrativa nº 18/2016*. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/>.

BREKOULAKIS, Stavros. *Third Parties in International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução* CNJ 125/2010. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 28, jan/2011.

CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem internacional e acesso à justiça: o novo paradigma do third party funding*. Tese de doutorado orientada pelo Prof. Claudio Finkelstein apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

COELHO, Eleonora. A tomada de decisão dos árbitros: a ignorada e relevante influência dos vieses inconscientes. In: *Estudos de Direito: Uma Homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães*. São Paulo: Atelier Jurídico, 2018.

COMMERCE, International Chamber of. *2021 Arbitration Rules and 2014 Mediation Rules*. Disponível em: < <https://iccwbo.org/publication/2021-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/>>. Acesso em 04 abr 2021.

CREMADES, Bernardo M. Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration. In: *Spain Arbitration Review*, 2012.

ELIAS, Carlos Eduardo Stafen. *Imparcialidade dos Árbitros*. Tese de doutorado orientada pelo Prof. Carlos Alberto Carmona apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

EUROPE-CANADA. *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/>>. Acesso em 05 abr 2021.

FERRO, Marcelo Roberto. Apontamentos sobre a independência dos árbitros. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (org.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011.

FERRO, Marcelo Roberto. O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de *et al* (orgs.): *Direito*

Empresarial e outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

GAILLARD, Emmanuel; FOUCHARD, Philippe; SAVAGE, John. *Fouchard-Gaillard-Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999.

FRIGNATI, Valentina. Ethical implications of third-party funding in international arbitration. In: PARK, William W. (ed). *Arbitration International*, v. 32. Oxford University Press, 2016.

GUSY, Martin F.; HOSKING, James M.; SCHWARTZ, Franz T. *A guide to the ICDR International Arbitration Rules*. New York: Oxford University Press, 2011.

HADDAD, Ana Olivia Antunes. *A transparência do processo arbitral*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob orientação do Prof. Heitor Vitor Mendonça Fralino Sica. São Paulo, 2020.

HENRIQUES, Duarte Gorjão. “Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. In: *Revista de Arbitragem e Mediação: RArb*. vol. 51, out-dez 2016. [S.l], 2016.

HONG KONG. *Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017*. Disponível em: <<https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>>. Acesso em 05 abr 2021.

LEMES, Selma Ferreira. *Árbitro. Princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: LTr, 2001.

LEMES, Selma Maria Ferreira. A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 26, abr-jun/2010.

LINO, Marcos dos Santos. *Reflexos processuais da alienação da coisa litigiosa*. Dissertação de mestrado orientada pelo Prof. Oreste Nestor de Souza Laspro apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

LYON, Jason. Revolution in progress: third party funding of american litigation. In: *UCLA Law Review*, n. 58, 2010-2011.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*. São Paulo: Almedina, 2018.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Introdução à Arbitragem: Coletânea de Artigos de Joaquim de Paiva Muniz*. [s.l]: [s.n], 2020.

NERY JUNIOR., Nelson, NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*. 1ª ed. em e-book baseada na 11.ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, José Roberto Castro. Os honorários advocatícios de sucumbência na arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coords.). *20 Anos da Lei de Arbitragem, Homenagem a Petrônio Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017.

NIEUWVALD, Lisa Bench e SHANNON, Victoria. *Third-party Funding in International Arbitration*. Alphen Aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2012.

OSMANOGLU, Burcu. Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest. In: *Journal of International Arbitration*, v. 32. Haia: Kluwer Law International, 2015.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. Tese de doutorado orientada pelo Prof. Carlos Alberto Carmona apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

- ROCHA, José de Albuquerque. *A lei de arbitragem*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ROGERS, Catherine A. *Ethics in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. V. 3. 12^a ed. São Paulo, Saraiva, 2009.
- SCHERER, Maxi. Third-party funding in international arbitration: towards mandatory disclosure of funding agreements? In: *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Third-party Funding in International Arbitration*. Paris: International Chamber of Commerce, 2013.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça; PIMENTEL, Wilson. Custo do processo arbitral versus custo do processo judicial: uma análise econômica da realidade brasileira. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. XVII n. 68, out./dez. 2020.
- TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. *Manual de prática civil*. 15^a ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. Aspectos do Third-Party Funding e o Dever de revelação do árbitro. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 64/2020, Jan-Mar/2020. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- VON GOELER, Jonas. Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure. In: *International Arbitration Law Library*, v. 35. Haia: Kluwer Law International, 2016.