

O CONTRATO THIRD-PARTY FUNDING NAS ARBITRAGENS

Fernando de Carvalho Cichocki ¹
Patrícia Toledo de Campos Cichocki ²

Resumo

O atual cenário econômico não permite que as pessoas, físicas ou jurídicas, possuam uma reserva destinada a custear os litígios que, inevitavelmente, surgirão com o passar do tempo. Em algumas situações o envolvimento em um litígio causa severos prejuízos, sendo a celeridade um fator determinante na escolha entre os meios alternativos de solução de conflitos ou o encaminhamento ao Poder Judiciário. Infelizmente, a celeridade não pode ser o único fator a considerar. Se, por um lado, a proposta de celeridade atrai cada vez mais interessados às câmaras arbitrais, por outro, os altos custos os repelem. No entanto, uma alternativa aos altos custos tem chamado a atenção dos interessados. Trata-se de contrato conhecido por *Third-party funding*, representado pela sigla TPF, no qual uma terceira pessoa, estranha ao conflito, destina recursos para o custeio da lide e recebe uma compensação financeira, caso o seu assistido seja vencedor na demanda. O contrato já é amplamente utilizado em algumas partes do mundo e, nos últimos tempos, vem sendo objeto de extensos estudos nos Estados Unidos. Como todo instituto jurídico, para sua perfeita aplicação e adequação ao sistema jurídico vigente, uma série de reflexões teóricas devem ser feitas para que não haja conflito com as normas já existentes.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Meios Alternativos. Arbitragem. *Third-party funding*.

1 INTRODUÇÃO

Diante de um contexto fático, que se modifica a cada minuto, cabe aos estudiosos do Direito encontrar soluções legais para que as leis, que devem trabalhar a favor da sociedade, não sejam empecilho para o desenvolvimento social e econômico.

¹ Especialista em Direito Processual Civil. Universidade Estadual de Londrina. Endereço eletrônico para contato: fcichocki@hotmail.com

² Mestre em Direito. Universidade de São Paulo (USP). Endereço eletrônico para contato: patty_toledo_campos@hotmail.com

No campo empresarial, a correta aplicação dos institutos jurídicos é o ponto fundamental para a coexistência dos estabelecimentos.

A arbitragem tem se mostrado como um dos meios alternativos para solução dos conflitos de forma muito eficaz, pois garante aos envolvidos no conflito uma solução rápida, técnica e segura. A insegurança gerada pelo envolvimento em uma disputa judicial pode ser extremamente prejudicial e, em alguns casos, fatal.

É nesse contexto que a arbitragem se mostra extremamente atraente como meio de solução de conflitos. Não se pode negar, contudo, que os altos custos exigidos para levar determinado conflito à solução por meio de arbitragem muitas vezes acabam afastando interessados.

Todavia, a incerteza sobre a decisão do processo que se arrasta por anos, o afastamento de alguns investidores e a instabilidade gerada com a demanda são fatores que levam os empresários a, mesmo diante de um custo muito mais elevado, optar pela arbitragem ao invés de submeter o conflito ao Poder Judiciário.

A solução encontrada para que as empresas possam se utilizar da arbitragem sem ter que arcar com os altos custos - o que no atual cenário econômico brasileiro custaria o fechamento da empresa - é o financiamento da lide por terceiros.

Antes da discussão do tema, vale destacar que o TPF pode ser utilizado para patrocinar conflitos de pessoas físicas ou jurídicas, porém o presente artigo dará enfoque nas lides envolvendo pessoas jurídicas.

Trata-se de contrato que vem sendo desenvolvido e utilizado com grande frequência em outros países e que permite uma terceira pessoa, estranha à lide, arcar com os custos do processo, mediante uma recompensa caso o seu patrocinado obtenha sucesso.

Isso ocorrerá, obviamente, após uma análise de risco e possibilidades de êxito por parte do patrocinador.

Lançadas essas premissas, questiona-se a possibilidade do financiamento da lide por terceiros na arbitragem. Haveria prejuízo para alguma das partes, caso haja a intervenção - apenas financeira - de um terceiro? Pode-se dizer que a exploração econômica dos litígios acabaria por fomentar as disputas e prejudicar os acordos?

O estudo do tema e a resposta aos questionamentos são de extrema importância, uma vez que permitem ao aplicador do direito pensar o instituto sob os mais variados aspectos e aplicá-lo com maior segurança e eficácia.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Para fins do presente estudo adotar-se-ão os conceitos estabelecidos pela doutrina nacional e estrangeira.

O conceito de arbitragem pode ser extraído das lições de Carlos Alberto Carmona, que define como meio alternativo de solução de controvérsias, através da intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial (CARMONA, 2009).

O estudo do tema tem uma ligação intrínseca com o acesso à justiça, na medida em que a arbitragem é um meio de solução de conflitos.

Quanto ao acesso à justiça são fundamentais as leituras de José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2003) e Mauro Capelletti e Bryant Garth (CAPELLETTI; GARTH, 1988.).

A definição teórica de *Third-party funding* (TPF) ainda não é amplamente desenvolvida no Direito brasileiro, razão pela qual utilizam-se, para fins da presente pesquisa, artigos publicados em revistas jurídicas estrangeiras, especialmente das universidades de Harvard e UCLA.

3 MÉTODO

O tema em comento será analisado indutivamente, a partir do estudo de livros de variados autores e artigos de revistas especializadas, em especial a Revista Brasileira de Arbitragem, artigos das revistas dos cursos de Direito da Harvard University e UCLA e da Revista Brasileira de Direito Civil, bem como de casos concretos julgados pelos tribunais superiores.

4 DISCUSSÃO

No atual cenário empresarial a celeridade é um fator determinante para o sucesso de uma empresa. Celeridade de produção, celeridade de atualização, celeridade na busca por novos e promissores mercados e, também, celeridade na solução dos conflitos.

Em muitos casos o envolvimento de uma empresa em um conflito pode ser fatal à sua própria sobrevivência. Seja pela necessidade de destinação de recursos – que poderiam ser investidos na própria empresa – para custear a demanda, seja pela instabilidade que o litígio gera perante os investidores.

A já conhecida lentidão do Poder Judiciário - que decorre de uma série de fatores, que vão desde o crescimento diário do número de demandas até a falta de investimentos em infraestrutura e planejamento em nada contribui para esse cenário. Demandas podem durar décadas e gerar prejuízos incalculáveis às empresas.

Por essas razões os meios alternativos de solução de conflitos vêm ganhando destaque no cenário mundial. É certo que a demora do judiciário não é o único motivo para esse fenômeno, mas quando se fala em razões pela opção por esses meios alternativos, a longa espera para ter seu conflito resolvido é um dos argumentos mais recorrentes.

A arbitragem, enquanto um dos meios alternativos de solução de conflitos, é regulada pela Lei nº. 9.307/96, que passou por significativas alterações advindas pela Lei 13.129/2015.

Nesse ponto vale destacar que a referência à arbitragem como meio alternativo à solução de conflitos deve-se ao monopólio da jurisdição exercido pelo Estado, a quem cabe, por excelência, a resolução de conflitos.

Diferente do que normalmente acontece, o diploma legal não estabeleceu o conceito de arbitragem. Tal tarefa coube à doutrina especializada.

Para o professor catarinense Ricardo Soares Stersi dos Santos a prática da arbitragem consiste na solução do conflito de maneira obrigatória e vinculativa para as partes por um terceiro, escolhido pelos litigantes, denominado árbitro (SANTOS, 2006).

No entanto, um dos grandes desafios à arbitragem são os altos custos que os litigantes necessitam despender para sua instauração. Os valores são destinados a custear as câmaras de arbitragem, os árbitros, os peritos, dentre outros.

Como já explicado anteriormente sobre os prejuízos gerados pela incerteza da demanda, esses custos, por vezes, são compensados com a celeridade na solução dos conflitos.

Mas, em alguns casos, mesmo ciente dos benefícios da arbitragem, a empresa não possui condições de arcar com os altos custos sem prejuízo da própria continuidade de suas atividades, tornando-se refém de uma situação que lhe trará, inevitavelmente, prejuízos.

Nesse campo tem se desenvolvido uma corrente que sustenta a possibilidade de financiamento da lide por terceiros sem qualquer vínculo com o conflito.

Muito utilizada no direito estrangeiro, onde é nominada *Third-party funding*, é conhecida pela sigla TPF. Trata-se de um modelo de contrato novo, que tem sido utilizado no Direito estrangeiro, no campo da responsabilidade civil.

Nos Estados Unidos, habitualmente o TPF é associado a acordos de honorários condicionais, denominados *Conditional Fee Agreements*.

Na prática isso ocorre da seguinte forma: uma pessoa sofre um injusto dano e necessita demandar contra pessoa com grande poder econômico. Analisando a legislação e os precedentes, ele constata que possui grandes chances de êxito, mas não possui condições – especialmente financeiras de demandar em igualdade de condições, visto que normalmente pessoas com grande potencial financeiro contam com um grande aparato jurídico, técnico, etc.

Em situações como essa o ofendido recorrerá a uma terceira pessoa que, confiando no sucesso da demanda, custeará o processo (taxas, custos com advogados, perícias, produção de provas) e receberá uma porcentagem ao final da demanda, caso obtenha êxito.

Em recente artigo, publicado na revista da *Harvard Law School*, Michael K. Velchik e Jeffery Y. Zhang informam que:

Recently, countries like Australia and the United Kingdom have legalized third-party investment in legal claims” e acreditam em um futuro promissor para os contratos de TPF —”the American Bar Association believes that litigation finance has — become increasingly prominent in recent years (VELCHIK; ZHANG, 2017).

Conforme a classificação adotada pela legislação brasileira, o TPF é um contrato aleatório e guarda semelhanças com alguns tipos contratuais existentes, como o mútuo e a cessão de direitos.

Todavia, o TPF não pode ser considerado contrato de mútuo porque neste a devolução deverá ser feita independentemente do resultado da demanda. Também não pode ser considerado contrato de cessão de direitos, pois não há sub-rogação de partes.

É certo que algumas críticas têm recaído sobre essa nova espécie contratual, que tem se desenvolvido com maior rapidez no direito alienígena. Dentre as críticas, afirma-se que esse tipo de contrato alimenta litígios (uma vez que fomenta a existência de empresas que atuam exclusivamente nesse mercado) e diminui as chances de acordo (uma vez que a empresa financiadora ganhará mais com a condenação final de seu oponente).

Não se pode olvidar que no Brasil existem as Defensorias Públicas, instituições voltadas exclusivamente a garantir acesso à jurisdição dos mais necessitados e as ações coletivas são propostas, na maioria dos casos, pelo Ministério Público.

Como o TPF encontra-se em uma fase mais avançada de desenvolvimento em outros países, vale importar de lá o seu conceito:

Third-party funding is an arrangement where a party involved in a dispute seeks funding from an outside entity for its legal representation.¹ The outside entity, a third-party funder, finances the party’s legal representation in anticipation of making a profit. The third-party funder could be a bank, hedge fund, insurance company, or some other entity or individual. If the funded party is the plaintiff, then the funder contracts to receive a percentage or fraction of the proceeds if the plaintiff wins the case (SAHANI, 2016).

Lançados os principais aspectos sobre a arbitragem e sobre o TPF, resta analisar a possibilidade do financiamento de arbitragem por terceiros.

A participação do terceiro na arbitragem pode se dar, a princípio, por três formas: 1) ele financia os custos da demanda e obtém um percentual de eventuais resultados da arbitragem; 2) estabelece um contrato de mútuo para os custos da demanda e ao final, além de restituir o valor tomado, a empresa paga um bônus pelo eventual sucesso; e 3) o agente financiador adquire a integralidade dos créditos decorrentes da solução arbitral.

Em artigo publicado na revista eletrônica *Consultor Jurídico*⁶, Felipe Moraes e Heitor Castro Cunha explicam sobre os benefícios do financiamento do litígio por terceiros, estranhos ao conflito.

Os principais argumentos, segundo os autores, são a possibilidade de manutenção de um fluxo de caixa no decorrer da lide. Ou seja, a empresa não necessitará abrir mão de seus recursos para buscar a solução de seus conflitos, continuando a investir e utilizar seus recursos na atividade empresarial.

O financiamento da arbitragem por terceiros, segundo os autores pode ser, ainda, a única maneira de possibilitar que empresas em crise recorram a arbitragem para solucionar seus conflitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estudados os principais aspectos da arbitragem e do financiamento da lide por terceiros, pensou-se na possibilidade de aplicação do patrocínio financeiro da lide por pessoas estranhas ao conflito instalado na instância arbitral.

A possibilidade chama a atenção dos envolvidos em conflitos, especialmente de empresas, que não necessitam dispor de dinheiro para patrocinar a lide. Além disso, o contrato contribui para assegurar igualdade de condições nos conflitos em que uma parte possui capacidade financeira extremamente superior à parte adversa.

Constatou-se que se trata de contrato em desenvolvimento em diversos países e que recebe o nome de *Third-party funding* (TPF).

Ao estudar a possibilidade de aplicação do TPF à arbitragem constatou-se um grande ganho à empresa envolvida no litígio, que não necessitaria retirar dinheiro de suas atividades preponderantes para custear o conflito.

Após uma análise das chances de vitória na demanda e do montante financeiro que gira em torno do litígio o terceiro investe seu dinheiro na expectativa de êxito da ação. Caso este venha a ocorrer, o investidor recuperará seu dinheiro acrescido de um bônus ou percentual de valores.

O instituto conhecido pela abreviação TPF tem especial importância quando a demora na solução do conflito prejudica o estabelecimento, mas ele não possui condições de arcar com os elevados custos de uma câmara de arbitragem, ficando a mercê do Poder Judiciário e tendo que aguardar por anos a solução do litígio.

Por fim, é possível concluir pela possibilidade da utilização do TPF nas arbitragens, sendo de extrema eficácia para a situação financeira da empresa.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei 9.307/96. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Felipe; CUNHA, Heitor Castro. **A possibilidade do financiamento de arbitragem por terceiros**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-02/possibilidade-financiamento-arbitragem-terceiros>>. Acesso em 26 out. 2017.

SAHANI, Victoria Shannon. **Judging Third-Party Funding**. UCLA Law Review. Rev 388, 2016. Disponível em <<https://www.uclalawreview.org/wp-content/uploads/2016/02/Sahani-final-article-no-bleed.pdf>>. Acesso em 27 out. 2017.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Arbitragem e acesso à justiça**. Revista Sequência. Belo Horizonte, n. 53, p. 253-268, dez/2006, p. 254. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15104>. Acesso em: 09.09.2017

VELCHIK, Michael K.; ZHANG, Jeffery Y. **Islands Of Litigation Finance**. John M. Olin Center For Law, Economics, And Business Fellows' Discussion Paper Series. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Zhang_71.pdf>. Acesso em 27. Out. 2017.