

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Gustavo Pedro de Oliveira Hoerbe

Financiamento da arbitragem por terceiros: para além do acesso à justiça
– a economia e a cultura do *third-party funding*

Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais

São Paulo

2025

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Gustavo Pedro de Oliveira Hoerbe

**Financiamento da arbitragem por terceiros: para além do acesso à justiça – a
economia e a cultura do *third-party funding***

Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais

Orientador: Prof. Livre-docente Claudio Finkelstein

São Paulo

2025

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Gustavo Pedro de Oliveira Hoerbe

**Financiamento da arbitragem por terceiros: para além do acesso à justiça – a
economia e a cultura do *third-party funding***

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração Direito das Relações Econômicas Internacionais.

Orientador: Prof. L. D. Cláudio Finkelstein

São Paulo

2025

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura _____

Data _____

e-mail _____

DE OLIVEIRA HOERBE, Gustavo Pedro

Financiamento da arbitragem por terceiros: para além do acesso à justiça – a economia e a cultura do third-party funding / Gustavo Pedro de Oliveira Hoerbe; Orientador Cláudio Finkelstein. São Paulo, 2025 (150 f.)

Dissertação (Mestrado: Área de Concentração: Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1. Arbitragem Internacional. 2. Direito e Economia. 3. Acesso à justiça. 4. Cultura. 5. Financiamento de litígios. 6. Financiamento da arbitragem. 7. Third-Party Funding. 8. Investimento em arbitragem.

Financiamento da arbitragem por terceiros: para além do acesso à justiça – a economia e a cultura do *third-party funding*

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração Direito das Relações Econômicas Internacionais.

Aprovado em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA:

1) Prof. Dr. _____

Titulação: _____

Julgamento: _____ Assinatura _____

2) Prof. Dr. _____

Titulação: _____

Julgamento: _____ Assinatura _____

3) Prof. Dr. _____

Titulação: _____

Julgamento: _____ Assinatura _____

Ao meu filho, uma alma especial, um ser humano já superlativo, dotado de uma excepcionalidade que me encanta, estimula e inspira.

Agradecimentos

São tantas pessoas importantes a quem agradecer... A todos os aqui mencionados, peço que entendam que a ordem não respeita nenhum critério de preferência ou importância; quando muito, respeita alguma ordem cronológica de seu envolvimento com o autor nesta dissertação. Agradeço:

Ao Arquiteto de todos os possíveis, por todas as possibilidades, desafios, luz e bênçãos.

À querida Ana Luiza Nery, pelo incentivo acadêmico e por apresentar-me ao meu Orientador. Talvez ela nem saiba o bem que fez em minha vida.

Ao meu querido Orientador, Professor Cláudio Finkelstein, por acreditar em mim lá na primeira conversa que tivemos, quando apresentados pela Ana. Para além do suporte acadêmico, pela liberdade que me deu, pela confiança que em mim depositou, agradeço ao Professor Cláudio pelo grande coração (maior que sua altura) que me acolheu e com imensa generosidade me apoiou para superar desafios pessoais no transcurso do Mestrado, inimagináveis no início do curso. Um Orientador e amigo para a vida.

Ao meu querido Professor Márcio Pugliesi, a quem conheci por indicação do meu Orientador, quando debatíamos a escolha das disciplinas a cursar ainda no primeiro semestre do Mestrado. As palavras do meu Orientador, ao recomendar assistir às aulas do Professor Márcio, fizeram todo o sentido: “vai abrir sua cabeça”. De fato, Professor Márcio é uma inspiração, é alguém em quem tive a grata satisfação de reconhecer (e ser reconhecido) como um irmão e que também se tornou um amigo para a vida.

Ao Professor Napoleão Casado Filho, cuja obra sobre o financiamento da arbitragem por terceiros e o paradigma do acesso à justiça, que me foi apresentada pelo meu Orientador, serviu como inspiração de base sólida para o desenvolvimento do tema desta Dissertação. Permitiu-me, inclusive, vislumbrar a possibilidade de estudar e desenvolver o tema sob a ótica de ciências e conhecimentos correlatos ao Direito, tais como a Economia, a Sociologia e a Filosofia.

À Professora Maria Eugênia Finkelstein, ao Professor Paulo Feus, ao Professor Carlos Roberto Husek e ao Professor Antônio Márcio da Cunha Guimarães, com quem tive a honra e satisfação de ter aula, pelo aprendizado, pelo rigor acadêmico, pelo conhecimento, de base e de vanguarda, compartilhado sempre com gentileza e generosidade.

Ao Professor Luiz Gonzaga Modesto de Paula, meu irmão, pelo incentivo para o Mestrado, pelos livros que generosamente me deu e, sobretudo, pelo aprendizado em

conversas provocativas para o desbastar das pedras, aparar arestas e esquadrihar o caminho.

Aos meus colegas em todas as disciplinas ao longo do curso de Mestrado, a quem agradeço pelo debate e pelos conhecimentos que compartilharam.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, à querida PUCSP, irmã de minha *alma mater* – a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, minha querida PUCRS – pelo ensino de excelência

Aos diretores da Faculdade de Direito e aos professores coordenadores da pós-graduação em Direito.

Aos funcionários do Expediente da Pós-Graduação, da Secretaria de Administração Escolar de Pós-Graduação, da Secretaria Acadêmica-Processamento de Dissertações e Teses, da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, em nome dos seguintes funcionários: Lênin, Dinalva, Cristina Francisco, Lourdes Scaglione, Ricardo Augusto, Rafael Santos e Marcos.

Ao amigo Joaquim Muniz, pelos livros que generosamente me deu, pelas luzes sobre a arbitragem, pelo debate construtivo do tema sob diversos prismas.

Ao Leonardo Viveiros de Castro, pelo debate sob uma ótica de mercado, sempre pautado por uma ética profissional impecável.

Ao advogado e amigo, Eduardo Benavides, pelo debate sempre construtivo no mundo da arbitragem ao longo de tantos anos.

Ao advogado e Professor Mario Reggiardo, pelo debate sobre o tema, por compartilhar comigo visões e materiais importantes para o desenvolvimento desta Dissertação.

Ao meu amigo Jack Wolofsky, pelo carinho, generosidade, pelas conversas e aprendizados sobre a cultura e tradições ancestrais que partilhamos e pelo bem que me fez ao abrir portas para uma oportunidade profissional que me permitiu dar continuidade ao Mestrado.

Ao meu mentor, David Sela, uma pessoa ímpar, surpreendente, um homem de palavra. Uma inspiração pessoal e profissional, que generosamente me apoiou e compartilhou comigo diversos de meus momentos no Mestrado enquanto desenvolvemos juntos um trabalho gratificante em suas empresas.

Ao meu afilhado e irmão, Italo Franco, que já me incentivava a cursar o Mestrado ainda quando este desejo e objetivo que eu tinha pareciam tão distantes. Agradeço também pelas risadas que sempre tornaram mais leves nossa caminhada em diversos mundos em que estivemos (e estamos) caminhando e lapidando juntos.

Aos meus irmãos, que suportaram minha ausência em nossos trabalhos, incentivaram-me para manter o foco, cobram positivamente meu crescimento para níveis ainda maiores, apoiam-me para me aprumar e, sobretudo, mantiveram meu nome em seus pensamentos e orações.

À minha família de origem, aos que aqui seguem comigo e àqueles que já receberam o chamado, mas que, com muito amor, deixaram em mim o seu legado.

Finalmente, aos meus amores, à família que construímos juntos diariamente, sem os quais nada teria sido possível: à Adriana Neri, minha amiga e companheira de todas as horas, incentivadora incondicional de todos os meus propósitos, que me acompanha, doa-se, envolve-se e se engaja para que eu possa atingi-los; ao Pedro César, meu filho, pelo olhar e ouvir atento ao que faço e falo, pelas suas palavras de apoio, pelo diversos Legos que foi criando, montando e trazendo para minha escrivantina, para me dar como incentivo ao longo do curso e pela compreensão por tantas horas e momentos em que não pude estar ao seu lado, pois estava debruçado sobre livros e sobre o teclado, imerso na tela do computador, mas que, quando eu olhava, lá ele estava ao meu lado.

Àqueles que inadvertidamente deixei de citar, recebam também meus sinceros agradecimentos.

אדוני לי ולא אירא
Adonai li veló irá
(D'us está comigo e não temerei)

גם זו לטובה
Gam zu letová
(Também isto é para o bem)

RESUMO

Este trabalho analisa o financiamento da arbitragem por terceiros, conhecido pelo termo em inglês – *third-party funding* (“TPF”). Tema com raízes históricas de longa data, potencialmente controversas, tem seu desenvolvimento e utilização contemporâneos associado a mudanças de paradigmas no acesso à justiça. Trata-se de mecanismo criado pelo mercado, inicialmente para atender às demandas de partes impossibilitadas de recorrer à arbitragem pela simples (porém, impeditiva) falta de recursos – ou pelo elevado custo de oportunidade na alocação de seus recursos escassos. Atualmente, alcança partes que o buscam como medida de alocação ótima de capital e de mitigação de riscos. Sustenta-se que essa é situação em que se coloca para além do (basilar e inquestionável) acesso à justiça, como uma questão de economia e cultura próprias. Especialmente, em um mundo cada vez mais interconectado, não se pode prescindir de um olhar jurídico sobre relevante tema, via de regra, não regulamentado, ou minimamente regulamentado, por incipiente arcabouço legislativo em nível global – porém, que goza de importante prática autorregulada de mercado. Nesse sentido, apresenta-se o *third-party funding* como espécie do financiamento de litígios (*litigation funding*), dentro de um contexto maior de situações especiais (*special situations*). Em um esforço de conceituação, analisa sua natureza jurídica e elenca algumas de suas modalidades. Adentra em alguns pontos históricos, revisita o tema do acesso à justiça e concentra-se em estudar os conceitos e manifestações da cultura e o seu correspondente reflexo na civilização como prisma para a subsequente abordagem do TPF para além do acesso à justiça. Propõe a existência de uma economia do TPF, sob a ótica da economia política, tanto em seu aspecto macro, quanto microeconômico – com o que se presente evidenciar a lógica econômica que sustenta uma decisão racional na opção pelo TPF por aqueles agentes que dele não necessariamente necessitam para fins de acesso à justiça, mas que assim o fazem por razões econômicas. A pretensão de posicionar o fenômeno dentro de uma realidade de hibridação do Direito, em contextos heterárquicos e de multinormatividade, não descuida dos imperativos éticos que o permeiam e circundam diante de questões multidisciplinares e de sofisticada complexidade jurídica. O objetivo é o estudo do *third-party funding* sob a ótica do Direito das Relações Econômicas Internacionais, no contexto da Arbitragem Comercial Internacional, em suas intrincadas relações. E, nesse contexto, evidenciar, para além do acesso à justiça, a existência de uma economia e uma cultura próprias ao fenômeno.

Palavras-chave: Arbitragem Internacional. Direito e Economia. Acesso à justiça. Cultura. *Third-Party Funding*.

ABSTRACT

This paper analyzes third-party arbitration funding, known as third-party funding (TPF). A topic with long-standing and potentially controversial historical roots, its contemporary development and use are associated with paradigm shifts in access to justice. It is a market-created mechanism, initially to meet the demands of parties unable to resort to arbitration due to a simple (but prohibitive) lack of resources – or the high opportunity cost of allocating their scarce resources. Currently, it reaches parties who seek it as a means of optimal capital allocation and risk mitigation. It is argued that this situation goes beyond the (basic and unquestionable) access to justice, as a matter of economics and culture. Especially in an increasingly interconnected world, it is essential to take a legal perspective on a relevant topic, which is generally unregulated or minimally regulated due to an incipient legislative framework at the global level – yet it enjoys significant self-regulated market practice. In this sense, third-party funding is presented as a type of litigation funding within the broader context of special situations. In an effort to conceptualize, it analyzes its legal nature and lists some of its modalities. It delves into some historical points, revisits the topic of access to justice, and focuses on studying the concepts and manifestations of culture and their corresponding reflection on civilization as a prism for the subsequent approach to the TPF beyond access to justice. The paper proposes the existence of a TPF economy from the perspective of political economy, both macroeconomic and microeconomic – thus demonstrating the economic logic that underpins a rational decision to opt for TPF by those agents who do not necessarily need it for access to justice, but who do so for economic reasons. The aim of positioning the phenomenon within a reality of legal hybridization, in heterarchical and multi-normative contexts, does not neglect the ethical imperatives that permeate and surround it in face of multidisciplinary issues and sophisticated legal complexity. The objective is to study third-party funding from the perspective of International Economic Relations Law, within the context of International Commercial Arbitration, and its intricate relationships. In this context, it highlights, beyond access to justice, the existence of an economy and culture specific to the phenomenon.

Keywords: International arbitration; Law and Economics. Access to justice; Culture. Third-party funding.

Sumário

<i>Introdução e Delimitação do tema</i>	11
1. <i>Capítulo 1: Financiamento da arbitragem por terceiros</i>	17
1.1 Situações especiais	17
1.2 Financiamento de litígios	19
1.3 Financiamento da arbitragem por terceiros	24
1.3.1 Modalidades do financiamento da arbitragem por terceiros	31
1.3.2 O acordo de financiamento típico, modalidades e forma de pactuação	33
1.3.2.1 Natureza jurídica e enquadramento jurídico do acordo de financiamento típico no Direito brasileiro	36
1.3.2.2 Elementos caracterizadores essenciais do acordo de financiamento típico	39
1.3.2.3 Quem pode financiar e quando	42
1.3.2.4 A posição das partes no acordo de financiamento típico	45
1.3.2.4.1 A perspectiva do financiador	45
1.3.2.4.2 A perspectiva do financiado	49
2. <i>Capítulo 2: História, acesso à justiça e cultura</i>	52
2.1 Perspectiva histórico-econômica do Comércio Internacional	52
2.2 Perspectiva histórica do financiamento internacional de demandas por terceiros	55
2.3 Acesso à justiça	58
2.4 Cultura, civilização e Direito	70
3. <i>Capítulo 3: A economia e a cultura do financiamento da arbitragem por terceiros</i>	83
3.1 A economia do financiamento da arbitragem por terceiros	84
3.1.1 A economia política e a lógica macroeconômica do financiamento da arbitragem por terceiros	85
3.1.2 A empresa e a lógica microeconômica do financiamento da arbitragem por terceiros	91
3.1.2.1 A lógica microeconômica do financiado	93
3.1.2.2 A lógica microeconômica do financiador	100
3.2 A cultura do financiamento da arbitragem por terceiros	106
3.2.1 A cultura na mudança de paradigma do acesso à justiça no financiamento da arbitragem por terceiros	109
3.2.2 A hibridação do papel do Direito no sistema da cultura e o financiamento da arbitragem por terceiros	112
3.3 Temas contemporâneos concernentes à cultura do financiamento da arbitragem por terceiros	117
3.3.1 A alegada comoditização ou mercantilização decorrentes do financiamento da arbitragem por terceiros	118
3.3.2 O alegado risco das demandas frívolas em decorrência do financiamento da arbitragem por terceiros	120
3.3.3 O financiamento da arbitragem por terceiros como catalizador de acordos entre os contendores	123
3.3.4 O desenvolvimento da cultura de financiamento da parte demandada	125

3.3.5 O impacto da cultura do financiamento da arbitragem por terceiros nos departamentos jurídicos das empresas _____	126
3.3.6 O impacto da cultura do financiamento da arbitragem por terceiros na escolha da sede da arbitragem _____	127
3.3.7 A influência da cultura do financiamento da arbitragem por terceiros na execução de sentença arbitral; no <i>private enforcement</i> ; e na relação com a teoria do <i>efficient breach</i> _____	128
3.3.8 Os imperativos éticos na cultura do financiamento da arbitragem por terceiros _	131
Conclusão e Perspectivas _____	136
Referências Bibliográficas _____	140

Introdução e Delimitação do tema

Os tempos atuais são líquidos, em tempos de modernidade líquida.¹ É nesse contexto que se manifesta a profusão das ciências e das relações (em suas diversas acepções), no qual há o fusionar de experimentações e trocas entre as diversas esferas do conhecimento. É nesse ambiente, também, que exurgem novas possibilidades de interações entre as ciências e os conhecimentos, viabilizando novas potencialidade de seus resultados.

É natural da humanidade experimentações entre as combinações possibilitadas pelas ciências e conhecimentos. A história evidencia que trocas e interações sempre ocorreram, nos mais diversos campos. Hoje, não seria diferente.

Na modernidade líquida há, cada vez mais, a experimentação fluida entre ciências, conhecimentos, interrelações humanas – sociais e econômicas – e tecnológicas – homem, máquina e inteligências – que produzem resultados cada vez mais únicos.

Em tempos de relações virtuais, novas experiências estão no limiar entre a novel inteligência artificial e a, até então, tradicional inteligência humana. Ambas, contudo, reais, palpáveis, tangíveis. Relações reais entre homem e máquina, entre a conhecida inteligência humana e aquela criada – já quase autônoma em sua integralidade, capaz de se autorreplicar tanto quanto a nossa própria.

As novas relações alteram o curso das relações tradicionais para um tempo em que tudo, ou quase tudo, é *online* e (quase) instantâneo – em que tudo parece cada vez mais acelerado. “O tempo se evola com velocidade espantosa e o histórico se acelera na marca do tempo”², nas contundentes palavras de Márcio Pugliesi.

Vive-se o advento da atualmente chamada sociedade de dados, também conhecida como sociedade da informação. O exemplo mais nítido talvez sejam as próprias relações *online*, as relações interpessoais sem a personalidade da presença física dos sujeitos que se relacionam. Outro exemplo, nessa mesma linha de raciocínio, são os resultados comerciais de tais relações, quando consubstanciados em trocas de dados, de informações, de bens, mercadorias, serviços e circulação de capitais em tempo real.³

¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**; tradução de Plínio Dentzien. 1.ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

² PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 379.

³ DE OLIVEIRA HOERBE, Gustavo Pedro. **Um olhar sobre a regulamentação cambial brasileira no âmbito do direito internacional comercial: de onde viemos e para onde vamos?**. Revista DIGE – Direito Internacional e Globalização Econômica, v. 9, n. 9, p. 273–296, 2022. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DIGE/article/view/59486>. Acesso em: 11 dez. 2022.

O comércio e a economia costumam, com velocidade e métricas próprias, rapidamente refletir as transformações nos meios de produção, na estruturação social e nas relações humanas. Sob um ponto de vista sociológico, o comércio é uma alegoria representativa das relações humanas e sociais, por meio das trocas entre indivíduos, povos, empresas e nações.⁴

Palco das profundas mudanças que ocorreram ao longo da história, ilustra a passagem de uma modernidade pesada e sólida, para uma modernidade leve e fluida, infinitamente mais dinâmica. Como enxergou Zygmunt Bauman, para quem “seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da ‘modernidade fluida’ produziu na condição humana.”⁵

O direito, por seu turno, historicamente, responde às transformações ocorridas ao longo do tempo. Reage, no entanto, com velocidade diferente – muitas vezes, em descompasso com os tempos acelerados. Não pode, em nenhum caso, esquivar-se de tais transformações e sofre claras pressões para adaptar-se à autotransformação evolutiva das sociedades modernas.

Em referência ao Direito do Comércio Internacional, Antônio Márcio da Cunha Guimarães e Arianna Stagni Guimarães comentam que é campo no qual o direito responde como uma “ferramenta imprescindível para o embasamento das relações jurídicas comerciais internacionais, a fim de dar tranquilidade, segurança jurídica, solução de eventuais conflitos e propiciar o incremento das atividades empresariais além-mar.”⁶

Ao longo da história comercial da humanidade, um instituto afirmou-se fundamental para a solução das controvérsias havidas entre as partes envolvidas em relações de trocas comerciais: a arbitragem.⁷ A arbitragem, como decorrência (e necessidade) do próprio comércio transfronteiriço é, no ensinamento de Cláudio Finkelstein, “um dos institutos jurídicos mais antigos da história.”⁸ E, prosseguindo em seu ensinamento, “foi um dos

⁴ DE OLIVEIRA HOERBE, Gustavo Pedro. **Novos acordos societários para a capitalização de startups:** os contratos *SAFE* e *KISS* como instrumentos viabilizadores de financiamento e investimento em *startups* – Uma breve história, modalidades e delineamentos críticos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 102, ano 26, p. 193–218. São Paulo: Editora RT, out/dez 2023, p. 196-197.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida;** tradução de Plínio Dentzien. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p.15.

⁶ GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha e GUIMARÃES, Arianna Stagni. *Direito do Comércio Internacional – Relação entre matérias.* In GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha e GUIMARÃES, Arianna Stagni. (Coord.) **Direito do Comércio Internacional:** estudos em homenagem ao Prof. Dr. Geraldo José Guimarães da Silva. São Paulo: Lex Editora, 2013, p.65.

⁷ Para melhor compreensão do leitor, entenda-se por arbitragem, nesta dissertação, a arbitragem comercial, indistintamente a doméstica e a internacional – como mecanismo adequado de resolução de controvérsias decorrentes das relações entre as partes envolvidas em trocas comerciais. Ademais, em que pese a importância do atual mecanismo da arbitragem de investimento – como mecanismo de resolução de controvérsias decorrentes das relações entre as partes envolvidas no mercado de investimentos internacionais – esta modalidade não é objeto deste estudo.

⁸ FINKELSTEIN, Cláudio. **Direito Internacional.** São Paulo: Atlas, 2013, p.166.

primeiros meios de solução de conflitos conhecidos pela história, método pelo qual as partes buscavam pacificar as relações conflituosas mediante a intervenção de um terceiro, de forma privada”, já que, “para os operadores do comércio internacional, a arbitragem é certamente o meio mais propício para a solução de controvérsias.”⁹

À luz desse prisma introdutório, exsurge no sistema privado de solução de controvérsias por meio da arbitragem o fenômeno do financiamento da arbitragem por terceiros – internacionalmente tratado, de maneira ampla, sob o termo em inglês – *third-party funding* (o “TPF”)¹⁰⁻¹¹. Como decorrência do próprio comércio, o financiamento da arbitragem por terceiros evidencia, tanto em suas bases históricas, como em seus mais recentes desenvolvimentos, uma lógica própria da economia e do mercado.¹²

Não dissociada, contudo, de uma abordagem e aplicação que, cada vez mais, tem merecido o olhar do Direito, a análise do tema adquiriu relevância diante do interesse acadêmico sobre esse mecanismo. E, ainda, do próprio mercado, para atender as demandas de partes que se veem impossibilitadas de recorrer à arbitragem como instrumento privado de solução de controvérsias.

A simples (porém, impeditiva) falta de recursos – seja pela incapacidade de autofinanciamento, seja por decisão econômica racional diante do custo de oportunidade na alocação de seus recursos escassos – para custear a defesa de seus direitos, gera o risco da análise apriorística da capacidade financeira das partes para litigar. Trata-se de importante questão que toca diretamente no princípio do acesso à justiça. Cláudio Finkelstein, ao apresentar obra paradigmática na literatura jurídica brasileira sobre o tema, de Napoleão Casado Filho, afiança “a visão inovadora da democratização do acesso à justiça na seara

⁹ FINKELSTEIN, Cláudio. **Direito Internacional**. São Paulo: Atlas, 2013, p.165.

¹⁰ Nesta dissertação, os termos em inglês – *third-party funding* e seu acrônimo TPF – e, em português – financiamento da arbitragem por terceiros – serão indistintamente utilizados e devem ser entendidos pelas acepções de financiamento e investimento. Tratamento mais preciso aos termos será dado no capítulo 1 deste trabalho.

¹¹ Para a finalidade desta dissertação, este e outros termos grafados em idioma estrangeiro serão como tal mantidos no idioma original. Essa opção resulta de que, geralmente, têm entendimento já consolidado no meio acadêmico e para que não se perca a qualidade de seu entendimento e significado intrínseco quando traduzidos em vernáculo. O autor desta dissertação não é indiferente à linguagem. Ao contrário. A linguagem é uma das ferramentas e finalidades do próprio estudo do direito e estabelece os limites do conhecimento humano. Em versão livre do que dizia o filósofo austríaco Ludwig Joseph Johann Wittgenstein: o meu mundo é do tamanho das palavras que conheço. Portanto, do ponto de vista pragmático, o autor opta por manter algumas palavras em seu idioma original (ainda que, eventualmente, seja apresentada alguma tradução).

¹² O mercado, como conceito, é um construto teórico; na prática, é o *topos* que manteve e ampliou sua influência como matriz estruturante da vida da humanidade, extrapolando as fronteiras nacionais. Ver PUGLIESI, Márcio. **Filosofia e Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. Tomo 1:Tomo 2. São Paulo: Aquariana, 2021, p. 123.

arbitral e como o mercado financeiro pode auxiliar o procedimento¹³⁻¹⁴ arbitral (...).”¹⁵

Neste ponto, é preciso fazer uma complementação. Há partes que buscam o *third-party funding* não pela falta de recursos. Buscam-no como medidas de alocação ótima de capital e de mitigação de riscos. É o caso quando dispõem de capacidade de autofinanciamento ou de outras formas de obtenção de recursos. Porém, diante de uma avaliação do custo de oportunidade na alocação de seus recursos, optam por aplicá-los em outros propósitos, geralmente, (re)investindo na atividade empresarial. Sustenta-se que essa é situação que se coloca, para além do (basilar e inquestionável) acesso à justiça, como uma questão de economia e cultura próprias.

Especialmente, em um mundo cada vez mais interconectado em suas relações econômicas internacionais, não se pode prescindir de um olhar jurídico sobre tema de especial relevância e, via de regra, desregulamentado diante do incipiente (ou quase ausente) arcabouço legislativo. Porém, que goza de importante prática de mercado e tratamento jurídico no cenário internacional. No Brasil, diante do vácuo legislativo sobre o tema, trabalhos acadêmicos têm suprido luzes ao assunto em recentes anos.

A complexidade e multiplicidade de inter-relações possíveis, especialmente ao tratar-se de cultura, economia e direito (notadamente, no universo da arbitragem e do comércio internacional), justifica o presente estudo, no sentido de contribuir com mais alguma luz sobre o tema do financiamento da arbitragem por terceiros. Sustenta-se que o fenômeno tem especial relevância no contexto do desenvolvimento do sistema de resolução de conflitos no ágil cenário do comércio transfronteiriço.

Diante disso, o Capítulo 1 apresenta o fenômeno do *third-party funding* contextualizado a partir de um olhar mais panorâmico. O financiamento da arbitragem por terceiros é, assim, posicionado dentro de um escopo maior de estruturas jurídico-financeiras, envolvendo questões multidisciplinares pensadas e desenvolvidas não só para o mercado arbitral, mas para o mercado de financiamento de litígios judiciais e outras situações especiais.

¹³ Importante trazer, de plano, a opinião de Carlos Alberto Carmona, adotada neste trabalho: considerando-se a arbitragem como meio próprio de solução de controvérsias, não se deve referir a um procedimento arbitral, mas a um processo arbitral diante de suas características próprias. “(...) há processo arbitral e não mero procedimento arbitral, uma vez que há exercício da jurisdição na arbitragem”. Ver CARMONA, Carlos Alberto. **O processo arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 1, n. 1. São Paulo: jan-abr 2004, p. 22.

¹⁴ Para fins didáticos, eventuais referências feitas a ‘procedimento arbitral’ pelo autor deste trabalho deverão ser entendidas com a mesma relevância de ‘processo arbitral’. Por seu turno, referências a ‘procedimento arbitral’ encontradas em citações foram preservadas como tal pelo autor deste trabalho para manter fidedignidade à obra citada.

¹⁵ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do *third-party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 14.

Em seguida, passa-se a contextualizá-lo inserido em um mercado de investimentos em ativos alternativos, de alto risco e retorno financeiro e de sofisticada complexidade jurídica.

Nesse sentido, o financiamento da arbitragem por terceiros é espécie do que é tratado, à título de gênero, o financiamento de litígios e disputas entre partes (*litigation funding*). Abrange, em sua generalidade, as modalidades de litígios levados à solução pela tutela jurisdicional estatal e aqueles levados à tutela da resolução privada – fundamentada na autonomia da vontade das partes em se autodeterminar e, assim, entregar a solução da disputa a um terceiro, essencialmente baseado no requisito da confiança¹⁶. A literatura contemporânea da área tem cunhado o *third-party funding*, em ambas as situações, como uma das situações especiais (*special situations*) do *litigation funding*.

Em momento subsequente, propõe-se a realizar um esforço de conceituação, indicar sua natureza jurídica, e apresentar alguns dos elementos de conformação do *third-party funding*. Além disso, elencar algumas de suas modalidades usuais e o detalhar o comumente reconhecido acordo de financiamento típico e suas principais formas de pactuação.

O Capítulo 2 adentra¹⁷ em alguns pontos históricos que antecederam e pavimentaram o caminho para o atual desenvolvimento do *third-party funding*. Pelas lentes da história, pretende-se demonstrar como foram forjados os principais conceitos jurídicos referentes a esse mecanismo nascido no seio do mercado internacional.

Em seguida, ao se revisitar o basilar e inquestionável tema do acesso à justiça, busca-se evidenciar qual sua principal acepção e objetivo no contexto do financiamento da arbitragem por terceiros. Ao fechar o Capítulo 2, a partir das lentes da filosofia e da sociologia, concentra-se em estudar os conceitos e manifestações da cultura e o seu correspondente reflexo na civilização como prisma para a subsequente abordagem do *third-party funding* para além do acesso à justiça – revelando sua economia e sua cultura.

De maneira a concluir o estudo empreendido no recorte possível a este trabalho, o Capítulo 3 aborda, inicialmente, a economia do *third-party funding*. A pretensão é proporcionar uma visão do mecanismo sob a ótica da economia política, tanto em seu aspecto macro, quanto microeconômico. E, com isso, evidenciar a lógica econômica que sustenta uma decisão racional de obtenção do financiamento por aqueles agentes que dele não necessariamente necessitam para fins de acesso à justiça, mas que assim o fazem por razões

¹⁶ A confiança é a base de funcionamento de todo o sistema produtivo transnacional. Ver PUGLIESI, Márcio. **Filosofia e Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. Tomo 1:Tomo 2. São Paulo: Aquariana, 2021, p. 105 e 23.

¹⁷ Adentrar é apenas transpor o bordo, é apenas iniciar o percurso. Ver PUGLIESI, Márcio. **Filosofia e Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. Tomo 1:Tomo 2. São Paulo: Aquariana, 2021, p. 53.

econômicas; por semelhantes (e espelhadas razões) evidenciar a lógica econômica do financiador na concessão do financiamento.

Em seguida, contextualiza-se o financiamento da arbitragem por terceiros como um fenômeno dos projetos (*pro-jectum*) gestados na cultura, cujos resultados se configuram em objetos (*ob-jectum*) materializados na civilização – seja para o acesso à justiça, seja como instrumento de finanças corporativas (*corporate finance*) e de investimentos em ativos alternativos. A pretensão é evidenciar que, para além do acesso à justiça, existe uma cultura própria do *third-party funding*.

Para tanto, busca-se, também, posicionar o fenômeno dentro de uma realidade em que o Direito assume novos e diferentes contornos e formas em uma sociedade fragmentada globalmente diante da crescente complexidade das relações, interações, invenções e produção de conhecimentos. Uma realidade de hibridação do Direito, em contextos heterárquicos e de multinormatividade.

Finalmente, arremata-se o Capítulo 3 abordando alguns temas contemporâneos relevantes, concernentes à cultura do financiamento da arbitragem por terceiros. Não se descuidando, por certo, dos imperativos éticos que permeiam e circundam o fenômeno diante de suas questões multidisciplinares e de sofisticada complexidade jurídica.

O objetivo é, portanto, estudar o fenômeno do *third-party funding* sob a ótica do Direito das Relações Econômicas Internacionais, no contexto da arbitragem internacional, em suas intrincadas relações multidisciplinares. E, nesse contexto, evidenciar, para além do acesso à justiça, a existência de uma economia e uma cultura próprias ao fenômeno.

1. Capítulo 1: Financiamento da arbitragem por terceiros

A Introdução tratou de apresentar e posicionar o tema do financiamento da arbitragem por terceiros diante dos objetivos pretendidos por este trabalho. Tendo em vista o propósito de bem desenvolver e detalhar seu conceito, natureza, características e aplicações, é fundamental contextualizá-lo a partir de um olhar mais panorâmico. Ao ampliar o olhar, é possível posicionar o financiamento da arbitragem por terceiros dentro de um escopo maior de estruturas jurídico-financeiras, envolvendo questões multidisciplinares pensadas e desenvolvidas não só para o mercado arbitral, mas para o mercado de financiamento de litígios judiciais e outras situações especiais.

Neste capítulo, inicialmente, apresenta-se o financiamento de litígios e algumas das situações especiais. Em seguida, passa-se a contextualizar o financiamento da arbitragem por terceiros, inserido em um mercado de investimentos em ativos alternativos, de alto risco e retorno financeiro e de sofisticada complexidade jurídica.

1.1 Situações especiais

Conceituar e situar as situações especiais (*special situations*) exigiria um esforço epistemológico que mesmo a mais abalizada doutrina ainda poderia incorrer em resultados simplistas ao fazê-lo. São muitas e diversas as perspectivas e nuances que podem ser abrangidas em um mercado de financiamentos e investimentos em ativos alternativos, caracterizados pelo alto risco, alto retorno financeiro e por sofisticada complexidade jurídica. Diante disso, ainda que pareça mais simplista do que empreender-se em um esforço de conceituação, adota-se o termo de mercado *special situations*.¹⁸

Os investimentos em *special situations*, via de regra, se sustentam em três pilares: (a) necessidade imediata de capital pelo investido-financiado; (b) diferentes níveis de conhecimento específico do ativo-alvo; e, (c) complexidade jurídico-financeira, que pode acabar inibindo outros potenciais interessados no ativo em questão. Esses três pilares geram

¹⁸ À título de exemplo da complexidade e diversidade de perspectivas e nuances para empreender-se em uma conceituação de natureza unicamente jurídica, em finanças, entende-se que uma situação especial é aquela na qual incorre uma empresa envolvida em uma tomada de controle (*takeover*) ou que está em dificuldade financeira, especialmente sob o ponto de vista de investidores que esperam lucrar com tal situação.

oportunidades de retornos potencialmente altos para os investimentos em situações especiais.

A lógica por trás do estudo de caso no mercado de *special situations* consiste em identificar elementos particulares ao ativo, nem sempre dedutíveis de números frios, com o objetivo de maximizar o valor do investimento. “(...) localizar isto é, justamente, a situação especial que colore a oportunidade” é o quanto opinam Leonardo Viveiros de Castro, Renata Szczerbacki Setton e Rafaela de Oliveira Duarte Dias.¹⁹

As situações especiais cobrem um perfil de ativos²⁰ considerados alternativos, complexos, via de regra, não padronizados, que demandam um esforço diferenciado para sua análise e precificação em relação a ativos tradicionais, como de renda fixa e renda variável. Os critérios para tomada de decisão fogem aos tradicionais critérios de uma análise de risco fundamentalista. Usualmente, são ativos com baixo grau de liquidez (ou mesmo ilíquidos), na medida em que possuem menor grau de conversibilidade em poder de compra.

Muitas vezes, são ativos que decorrem de créditos estressados e vinculados a algum tipo de disputa judicial. Importante mencionar que o ativo que serve como lastro para uma operação financeira em situação especial não seria aceito como garantia em instituições financeiras que trabalham com créditos padronizados.²¹

Diante da dificuldade em conceituar uma situação especial e seguindo pelo caminho da identificação dos tipos de ativos que podem colorir e ilustrar o tema, mencionam-se algumas situações que se encaixam neste rótulo. Dentre elas, o financiamento de litígios, a aquisição de direitos creditórios – a compra e venda de todos os direitos de uma demanda (*true sale of claims*), configurando a cessão integral do crédito - e o financiamento concedido a empresas economicamente viáveis, porém, em situação de crise (*financial distress*) – via de regra, no curso de um processo de soerguimento financeiro via recuperação judicial. Este

¹⁹ CASTRO, Leonardo Viveiros de; SETTON Renata Szczerbacki; e DIAS Rafaela de Oliveira Duarte. O *DIP Financing* na Lei n.11.101/05: a posição do financiador da empresa em recuperação judicial. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) ***Litigation Finance e Special Situations: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações***. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 270.

²⁰ Do ponto de vista jurídico, um ativo representa os direitos e/ou recursos sobre os quais uma empresa tem controle. Do ponto de vista contábil-financeiro, um ativo será qualquer bem com valor comercial ou valor de troca pertencente a uma sociedade ou instituição. Diversas teorias e técnicas de finanças foram desenvolvidas para efeito de alocação e monetização de ativos, tais como *asset allocation*, *asset coverage*, *asset depreciation*, *asset financing* e *asset-liability management*. Ver DOWNES, John e GOODMAN, Jordan Elliot. **Dicionário de termos financeiros e de investimento**. tradução de Ana Rocha Tradutores Associados São Paulo: Nobel, 1993, p. 25-27.

²¹ VISCONTE, Debora; e MARRA, Marianna Falconi. Apontamentos sobre o *third-party funding* e *special situations*. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) ***Litigation Finance e Special Situations: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações***. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 100.

último é o caso do chamado *DIP financing* (*debtor-in-possession financing*²²).

1.2 Financiamento de litígios

Partindo-se do macrouniverso das *special situations*, chega-se ao microcosmo do *third-party funding*. A literatura contemporânea da área tem cunhado o financiamento por terceiros (*third-party funding*) – em ambas as esferas judiciais (*third-party litigation funding*) e arbitrais (*third-party arbitration funding*) – como uma das situações especiais (*special situations*) do gênero financiamento de litígios (*litigation finance*) ou (*litigation funding*).²³

O financiamento da arbitragem por terceiros *stricto sensu* (tal e como será visto mais adiante) é classificado como espécie do gênero financiamento de litígios *lato sensu*. Este abrange, portanto, em sua generalidade, as modalidades de litígios levados à solução pela tutela jurisdicional estatal e aqueles levados à tutela da resolução privada – fundamentada na autonomia da vontade das partes em se autodeterminar e, assim, entregar a solução da disputa a um terceiro.

Em nível internacional, o financiamento de terceiros é um termo tão abrangente que engloba uma variedade de situações. Dentre doutrinadores estrangeiros, Duarte Gorjão Henriques leciona que:

Em termos gerais, e sem qualquer preocupação com a precisão da definição, o financiamento de terceiros normalmente existe quando uma pessoa física ou jurídica, externa à relação jurídica subjacente em disputa, fornece suporte financeiro a uma das partes, atribuindo-se ao financiador o direito de perceber uma vantagem vinculada à sentença arbitral.

Uma característica comumente observada desse modelo de negócios é que, se a reivindicação for indeferida, a parte financiada não é obrigada a compensar ou reembolsar o investimento do financiador: trata-se de um

²² Inspirado no *Chapter 11 do Bankruptcy Code* do direito norte-americano, designa o devedor em recuperação judicial, mantido na posse e no controle dos seus bens e direitos para que a empresa possa se manter operante, diferentemente do que ocorre no ambiente da falência. Ver CASTRO, Leonardo Viveiros de; SETTON Renata Szczerbacki; e DIAS Rafaela de Oliveira Duarte. *O DIP Financing* na Lei n.11.101/05: a posição do financiador da empresa em recuperação judicial. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) ***Litigation Finance e Special Situations: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações***. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 273.

²³ O idioma inglês possui em seu vocabulário termos bastante próprios que permitem uma diferenciação e identificação até mais adequada dos termos referidos em vernáculo. Ao longo deste trabalho, serão sempre adotados ambos os termos em inglês e em vernáculo para melhor fluidez e compreensão do quanto pretendido pelo texto.

financiamento “sem risco” para a parte financiada.²⁴⁻²⁵

Nigel Blackaby e Alex Wilbraham comentam que, na verdade, o escopo do que pode ser chamado de financiamento de terceiros é tão amplo que pode desafiar qualquer tentativa de defini-lo em um parágrafo e pode assumir diversas formas e tamanhos, dependendo dos interesses econômicos de uma parte ou de uma disputa.²⁶

Ainda na esfera transnacional, o Acordo Econômico e Comercial Global entre o Canadá e a UE (CETA) também fornece uma definição útil:

Financiamento de terceiros significa qualquer financiamento fornecido por uma pessoa física ou jurídica que não seja parte na disputa, mas que celebra um acordo com uma parte em litígio para financiar parte ou a totalidade dos custos do processo, seja por meio de uma doação ou subvenção, ou em troca de uma remuneração dependente do resultado da disputa.²⁷⁻²⁸

Entendimentos esses, não diferentes do quanto se encontra entre doutrinadores domésticos, como assim ensina Marcel Carvalho Engholm Cardoso:

Em linhas gerais, pode-se conceituar o financiamento por terceiros como o investimento feito por um terceiro em um ou mais litígios com os quais ele não possui qualquer outra ligação, por meio da qual parcela (ou a totalidade) dos custos da demanda (e, conseqüentemente, dos riscos) é repassada ao financiador, cuja remuneração está vinculada ao sucesso da demanda.²⁹

Camila Du Plessis Lang, de modo um pouco mais sucinto, mas sem descuidar da precisão, entende que “(...) o financiamento de litígio é a disponibilização de capital com o

²⁴ Tradução livre do original em inglês: “*Broadly speaking, and without any concern for definitional precision, third-party funding typically exists when a natural or legal entity, external to the underlying legal relationship in dispute, provides financial support to one of the parties, according the funder the right to perceive an advantage linked to the award. One feature of this business model that is commonly observed is that if the claim fails, the funded party is not obliged to compensate or repay the funder's investment: it is 'risk-free' funding for the funded party.*”

²⁵ HENRIQUES, Duarte Gorjão. *Third-Party Funding: A Protected Investment?*. Revista do Club Español del Arbitraje, n. 30. Madrid: 2017, p. 115.

²⁶ BLACKABY, Nigel; e WILBRAHAM, Alex. *Third- party Funding in Investment Treaty Arbitration*. In YANNACA-SMALL, Katia (ed) *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)*. London: Oxford University Press, 2018, p. 698-723.

²⁷ Tradução livre do original em inglês: “*Third party funding means any funding provided by a natural or legal person who is not a disputing party but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings either through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the dispute.*”

²⁸ UNIÃO EUROPEIA E CANADA. *The Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the EU (CETA) – Chapter eight: Investment – Article 8.1 – Definitions*. Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/08.aspx?lang=eng>. Acesso em: 01 jun. 2025

²⁹ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 49.

objetivo de financiar os custos de um litígio ou, em uma interpretação mais abrangente, as partes envolvidas no litígio.”³⁰

Percebe-se que todos os esforços de conceituação anteriores se valem de ensinamento oriundo do estudo das finanças, pelo qual um financiamento pressupõe a aplicação de recurso de terceiro para uso em uma necessidade individual do financiado.

Em termos jurídicos estritos, financiamento não deixa de ser uma espécie de mútuo bancário, quando o valor é concedido com o propósito de atender à certo empreendimento, mediante garantia do próprio bem. Há uma destinação certa ao dinheiro mutuado. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, “financiamento é espécie de mútuo bancário, em que o mutuário está obrigado a dar certa destinação ao dinheiro mutuado.”³¹ No financiamento, o tomador deve utilizar o recurso em atendimento à finalidade declarada da operação financeira.

De modo semelhante, é o entendimento que se depreende do vocábulo em idioma inglês *funding*. O *funding* constitui-se no provimento de recursos financeiros, por um agente a outro, para utilização com propósito específico, como, por exemplo, para viabilizar operações comerciais, financiar um projeto, alavancar investimentos e permitir transações societárias entre companhias e/ou acionistas.³² Vocábulo tão amplamente utilizado no idioleto do mercado financeiro e empresarial, este anglicismo se presta muito bem para refletir o cerne do mecanismo do *litigation finance* ou, bastante apropriadamente, do *litigation funding*.

Neste ponto, importante também amparar-se no estudo da teoria das finanças para tratar do que se entende por investimento. O estudo das situações especiais e do financiamento de litígios evidencia que os vocábulos financiamento e investimento são utilizados indistintamente para referir-se às mesmas situações que, embora vistas sob óticas contrapostas, são complementares: a visão do financiador-investidor e a do financiado-investido. “Uma decisão de financiamento por um terceiro financiador é puramente um investimento por natureza”, conforme opina Swargodeep Sarkar³³⁻³⁴

Em assim sendo, por investimento entende-se a alocação de capital para gerar mais recursos, seja por meio de empreendimentos e negócios geradores de renda ou por meio de

³⁰ LANG, Camila Du Plessis. Financiamento de litígio: estruturas e tendências atuais. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) *Litigation Finance e Special Situations: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 37.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v.1, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 472.

³² DOWNES, John e GOODMAN, Jordan Elliot. *Dicionário de termos financeiros e de investimento*; tradução de Ana Rocha Tradutores Associados. São Paulo: Nobel, 1993, p. 197.

³³ Tradução livre do original em inglês: “*A funding decision by a third party funder is purely an investment in nature.*”

³⁴ SARKAR, Swargodeep. *Third-Party Funding in International Arbitration: New Challenges and Global Trends*. *International Journal of Legal Science and Innovation*, vol. 2, issue 3. India: 2020, p. 271.

aplicações financeiras geradoras de ganhos de capital, com o objetivo de obtenção de lucro.³⁵ Com um pouco mais de detalhamento, Markus Petsche argumenta que o significado de investimento varia de acordo com os contextos jurídicos e econômicos. Em conformidade com o seu significado comum e com o conceito econômico de investimento, o termo pode se referir a quatro realidades distintas: (i) fundos usados para comprar um ativo com expectativa de lucro; (ii) o próprio ativo adquirido; (iii) o ato ou processo de comprar o ativo; e, (iv) no contexto de um investimento estrangeiro direto, para adquirir um investimento em certas atividades econômicas.³⁶⁻³⁷

Uma característica peculiar do financiamento de litígios, em âmbito internacional, é que, diferentemente de outras estruturas do mercado financeiro, é descorrelacionado com fatores que tradicionalmente impactam e geram flutuações de mercado, como índices de ações, de juros e *commodities* (presentes e futuros de índices), inflação, câmbio, contas públicas. Nem mesmo o resultado do desempenho econômico-financeiro de uma empresa (nem mesmo em se tratando da empresa financiada), terá reflexo direto no desempenho de determinado investimento. O que determinará se o investidor terá o retorno esperado será o efetivo julgamento favorável ou a conclusão de um acordo satisfatório entre as partes em litígio.³⁸

Outra característica peculiar, fazendo-se um paralelo com o quanto estudado sobre os ativos nas *special situations*, no caso do *litigation finance*, o ativo que poderia servir como seu lastro (ativos jurídicos), não seria aceito como garantia em instituições financeiras que operam créditos padronizados.³⁹ Isso faz com que uma circunstância de falta de liquidez possa impedir que uma parte consiga iniciar ou prosseguir com um litígio em que tenha probabilidade de

³⁵ DOWNES, John e GOODMAN, Jordan Elliot. **Dicionário de termos financeiros e de investimento**; tradução de Ana Rocha Tradutores Associados. São Paulo: Nobel, 1993, p. 246.

³⁶ Tradução livre do original em inglês: “*The meaning of investment varies across legal and economic contexts. Following the ordinary meaning and economic concept of investment, the term can refer to four distinct realities: (1) funds used to purchase an expected profit-bearing asset, (2) the purchased asset itself, (3) the act or process of purchasing the asset, and (4) in the FDI context, to assimilate an investment to certain economic activities.*”

³⁷ PETSCHÉ, Markus. **The Concept of Investment in ICSID Arbitration**. *Oxford International Arbitration Series*. OUP: 2024, chapter 2.

³⁸ LANG, Camila Du Plessis. Financiamento de litígio: estruturas e tendências atuais. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) **Litigation Finance e Special Situations: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 37.

³⁹ Neste ponto, importante ressalva a ser feita no sentido de diferenciar *litigation finance* (financiamento de litígios) de *asset financing* (financiamento garantido por ativos). Este é o financiamento que procura converter determinados ativos em capital de giro mediante a entrega dos mesmos em garantia. O que, como tem sido explorado neste trabalho, vê-se que não encontra paralelo naquele anterior. Ver DOWNES, John e GOODMAN, Jordan Elliot. **Dicionário de termos financeiros e de investimento**; tradução de Ana Rocha Tradutores Associados. São Paulo: Nobel, 1993, p. 26.

sucesso.⁴⁰

Por essas razões, atribui-se natureza *non recourse* (sem recurso)⁴¹ ao financiamento de litígios.⁴² Mais precisamente, devido à falta de garantias a serem fornecidas, tais como em uma estrutura de financiamento tradicional, o financiador correrá o risco de financiar um caso sem recurso.⁴³ Isso significa que, diante desta modalidade, a perspectiva de êxito de uma demanda configura o elemento central da concessão de crédito ao financiado, desvinculado de uma tradicional garantia em ativos.

Gian Marco Solas, em sua obra, busca particularizar o financiamento de litígios como operação financeira, porém, diferenciando-o das linhas de crédito decorrentes de empréstimos e financiamentos puramente bancários, bem como das apólices de seguros para custeio de despesas jurídicas e do patrocínio financeiro de escritórios de advocacia. Para tanto, refere-se ao *litigation finance* como uma segunda-onda de financiamento de litígios, a qual engloba investidores institucionais de diversos tipos e fundos de investimento *ad hoc*.⁴⁴ Ao referir-se ao mercado norte-americano de *litigation finance*, opina que a ausência de previsão legal não pode ser considerada um obstáculo ao desenvolvimento do financiamento de litígios.⁴⁵

Com relação ao Direito brasileiro, a ausência de lei ou regulamento especificamente ligado ao financiamento de litígios por terceiros não retira a licitude de eventual operação do tipo. Com essa premissa, Flávio Luiz Yarshell e Rafael Stefanini Auilo encabeçam outros doutrinadores para quem, diante da máxima do Direito Privado – sendo lícito, possível e determinado seu objeto – não havendo vedação, o *third-party funding* é permitido e não se

⁴⁰ VISCONTE, Debora; e MARRA, Marianna Falconi. Apontamentos sobre o *third-party funding* e *special situations*. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) ***Litigation Finance e Special Situations: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações***. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 100.

⁴¹ Em tradução literal, sem recurso. Entenda-se sem recurso não pelo viés jurídico, mas pelo viés financeiro apreendido do conceito norte-americano de *non recourse loan*: quando um empréstimo é concedido pelos sócios de uma empresa e que, em caso de inadimplemento, não dará acesso aos ativos da sociedade que porventura ultrapassem aqueles detidos pelos sócios com responsabilidade limitada que concederam os recursos emprestados. Ou seja, sem garantias adicionais. Ver DOWNES, John e GOODMAN, Jordan Elliot. **Dicionário de termos financeiros e de investimento**. tradução de Ana Rocha Tradutores Associados – São Paulo: Nobel, 1993, p. 339.

⁴² CASTRO, João Mendes de Oliveira. O financiamento de litígios no sistema de solução de controvérsias. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) ***Litigation Finance e Special Situations: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações***. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 13-14.

⁴³ HENRIQUES, Duarte Gorjão. ***Third-Party Funding: A Protected Investment?***. Revista do *Club Español del Arbitraje*, n. 30. Madrid: 2017, p. 135.

⁴⁴ SOLAS, Gian Marco. ***Third-party funding – Law, Economics and Policy***. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2019, p. 137.

⁴⁵ SOLAS, Gian Marco. ***Third-party funding – Law, Economics and Policy***. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2019, p. 59.

vislumbra qualquer mácula para esse tipo de contratação.⁴⁶

Em regra, no financiamento de litígios por terceiros, uma parte (geralmente não relacionada com a disputa específica, embora tal não seja imprescindível) acaba por custear, no todo ou em parte, as despesas direta ou indiretamente ligadas ao litígio. Em contrapartida, o financiador ‘pode’ receber uma parte do resultado buscado, sem que se exija do custeado a restituição do dinheiro que este recebeu na hipótese de insucesso (i.e., assunção de risco)⁴⁷ – diz-se, ‘pode’, pois nada impede que o financiamento tenha natureza gratuita, de doação não onerosa, pelo qual um terceiro tem interesse social ou político em assumir o risco e financiar determinada demanda.⁴⁸

1.3 Financiamento da arbitragem por terceiros

Antes de articular uma definição de financiamento da arbitragem por terceiros, uma questão posta na literatura internacional do tema é se a definição de third-party funding é realmente necessária. O mercado financeiro é criativo, especialmente ao tratar-se de operações de crédito, financiamento e investimentos.

Embora essa abordagem ofereça flexibilidade ao mercado, é importante manter o exercício e o esforço de conceituação no âmbito acadêmico. Não se pode olvidar o rigorismo científico particular à academia em suas preocupações com o estudo da realidade e em suas trocas com o próprio mercado.

Nesse contexto, em especial no mundo da arbitragem internacional – com suas distintas implicações culturais – quando uma parte contrata o financiamento, ela precisa ter certeza se tal acordo de financiamento se enquadra na categoria de um TPF típico (*non-recourse*) ou em algum outro fenômeno correlato, como linhas de crédito decorrentes de empréstimos e

⁴⁶ No mesmo sentido, ambos autores indicam que a doutrina ainda ressalta que os artigos 190 e 200 do Código de Processo Civil (CPC) admitem genericamente acordos processuais atípicos, o que dispensa previsão legal expressa, vez que inexistem vedações legais. Ver YARSHELL, Flávio Luiz; e AUILO, Rafael Stefanini. Breves apontamentos sobre o financiamento de litígios por terceiros para empresas em crise. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) *Litigation Finance e Special Situations: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 250-251.

⁴⁷ YARSHELL, Flávio Luiz; e AUILO, Rafael Stefanini. Breves apontamentos sobre o financiamento de litígios por terceiros para empresas em crise. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) *Litigation Finance e Special Situations: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 251.

⁴⁸ Trata-se dos casos chamados pela literatura multidisciplinar de financiamento de litígios por terceiros sem fins lucrativos (*not-for-profit third-party funding*). Este tema voltará a ser explorado no capítulo três deste trabalho, quando será tratado sob o viés da economia e cultura do TPF.

financiamentos puramente bancários, ou seguros. Isso é fundamental para orientar a própria contratação e a atuação da parte em arbitragem, também balizando as questões econômicas e as implicações éticas.

Uma definição precisa permanece sujeita à considerável debate na comunidade jurídica acadêmica, e há opiniões distintas sobre quais tipos de financiamento devem ser incluídos nessas definições, bem como qual o detalhamento deve ser dado. Em obra crítica e pragmática sobre o TPF na arbitragem internacional, Mohamed Sweify enxerga que uma análise do território regular do financiamento de demandas revelaria, sem surpresa, a nomenclatura de diferentes práticas que agora incluem o termo *third-party funding* – um termo que adquiriu seu próprio acrônimo (TPF) – ao qual ele se refere com uma variação própria TPAF (*third-party arbitration funding*).⁴⁹

O mesmo autor, dentre doutrinadores estrangeiros, leciona que, em arbitragem internacional:

Simplificando, o TPF introduz uma parte irrelevante, sem interesse prévio na disputa, que oferece serviços financeiros para ajudar o reclamante a iniciar, continuar ou concluir um processo de arbitragem. Em troca, essa parte irrelevante recebe uma parte do resultado, mas também assume o risco de não receber nada se a ação for julgada improcedente.⁵⁰⁻⁵¹

Nenhuma outra declaração, no entanto, parece soar mais pungente do que as palavras de Elizabeth Montpetit:

Uma das características distintivas da arbitragem internacional é o triunvirato que compõe o processo arbitral: as partes, o tribunal e a instituição arbitral. No entanto, nos últimos anos, essa dinâmica tradicional foi interrompida por um intruso: o terceiro financiador. Enquanto outras partes, como seguradoras e casas-matrizes de empresas, frequentemente se mantêm à margem de qualquer disputa comercial, os financiadores terceirizados têm gradualmente assumido um papel importante e ativo na arbitragem – em suma, muitas arbitragens não ocorreriam (e não poderiam ocorrer) sem o envolvimento deles.

Não há dúvida de que o financiamento por terceiros veio para ficar na arbitragem internacional na Inglaterra e em outros lugares. Consequentemente, o triunvirato tornou-se, nos casos financiados, um

⁴⁹ SWEIFY, Mohamed F.. *Third party funding in International Arbitration – A critical appraisal and pragmatic proposal*. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2023, p. xv.

⁵⁰ Tradução livre do original em inglês: “Simply, TPF introduces an irrelevant party, with no prior interest in the dispute, who offers financial services to help the claimant in initiating, continuing, or completing an arbitration proceeding. In return, this irrelevant party receives a portion of the outcome, but also assumes the risk of receiving nothing if the claim fails.”

⁵¹ SWEIFY, Mohamed F.. *Third party funding in International Arbitration – A critical appraisal and pragmatic proposal*. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2023, p. xvi-xvii.

quadrunvirato.⁵²⁻⁵³

De modo análogo, não há consenso na definição do fenômeno na doutrina doméstica. Há, todavia, muitos pontos em comum. Ao contrário de ser um problema, a profusão de conceitos enriquece o debate doutrinário sobre o tema, valorizando o mecanismo do financiamento da arbitragem por terceiros.

Napoleão Casado Filho, ao olhar o fenômeno de maneira mais ampla, leciona de modo bastante completo:

Parece-nos que o financiamento de terceiros, em processos judiciais ou arbitrais, pode ser definido como um método de financiamento no qual uma entidade, que não faz parte de um conflito, suporta as despesas do processo no lugar de uma das partes, arcando com os honorários dos advogados, dos julgadores e com as demais despesas necessárias à produção de provas e administração do processo. Em retorno, a entidade financiadora recebe uma porcentagem dos ganhos decorrentes da decisão final. Trata-se de contrato aleatório, pois o financiador pode não receber nada em caso de insucesso do processo.⁵⁴

Gustavo Dallazem Dalbosco, ao comentar que o financiamento da arbitragem por terceiros vem se revelando como saída viável para superar os entraves do alto custo envolvido nos procedimentos arbitrais ampara-se no conceito de Lisa Bench Nieuwveld e Victoria Shannon Sahani:

O financiamento de terceiros é um método de financiamento no qual uma entidade que não é parte em uma disputa específica financia os custos legais de outra parte ou paga uma ordem, decisão ou sentença proferida contra essa parte, ou ambos. O acordo entre o financiador e a parte financiada também pode incluir o pagamento dos honorários advocatícios da contraparte se a parte financiada perder o caso ou o julgador (*i.e.*, um árbitro ou painel de árbitros, um juiz ou painel de juízes ou um júri) condena a parte

⁵² Tradução livre do original em inglês: “*One of the distinct features of international arbitration is the triumvirate that makes up the process: the parties, the tribunal, and the arbitral institution. However, in recent years this traditional dynamic has been disrupted by an interloper: the third-party funder. While other non-parties such as insurers and parent companies have often hovered around the fringes of any commercial dispute, third-party funders have gradually taken on an important and active role in arbitration – simply put, many arbitrations would not (and could not) take place without their involvement. There is no doubt that third-party funding is here to stay in international arbitration in England and beyond. Accordingly, the triumvirate has become, in funded cases, a quadrumvirate.*”

⁵³ MONTPETIT, Elizabeth. *The Economics of International Arbitration and Third-Party Funding: What It Is, What It Might Be, and What It Should Be*. In FULLELOVE, Gregory Roy; HAMZI, Laila; *et al.* (eds) ***International Arbitration in England: Perspectives in Times of Change***. Kluwer Law International, 2022, p. 215-242.

⁵⁴ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do *third-party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 120.

financiada a pagar os honorários advocatícios da contraparte.⁵⁵⁻⁵⁶

No que tange ao tratamento legal do tema, “Sem surpresa, a lei é silente em relação ao *third-party funding*.”⁵⁷ Assim se manifestam Sergio Nelson Mannheimer e Andre Luis Monteiro quanto ao tratamento do tema na Lei de Arbitragem brasileira⁵⁸.

Seria pouco oportuno conjecturar sobre as razões do silêncio da lei. Inobstante, considerando que o financiamento de disputas – especialmente da arbitragem – por terceiros passou a assumir papel de maior relevo internacionalmente nos últimos dezenove anos, seria, ao contrário, uma surpresa se a lei pátria, com vinte e nove anos de idade, já tratasse do tema. De qualquer forma, não é na lei brasileira que se encontrará a definição do *third-party funding*.

De alguma forma, pode-se pensar que, nascer no seio da tradição jurídica comum tenha tornado pouco prática qualquer tentativa legislativa de conceituar o fenômeno – influenciando, inclusive, o seu desembarque na tradição jurídica civilista. De fato, por influência de um sistema em outro, talvez nem tudo precise estar estritamente positivado. Como mecanismo de mercado e cuja prática internacional evidencia sua autorregulação, pode ser até mesmo interessante a autorregulação do financiamento da arbitragem por terceiros em benefício do desenvolvimento do mecanismo.

Fato é que, como comenta Joaquim de Paiva Muniz, “em diversas jurisdições maduras em arbitragem (inclusive a brasileira) há o fenômeno do financiamento da arbitragem por terceiros (...).”⁵⁹ Já não é possível negar ou não olhar sua existência, independentemente do quanto diz (no caso, do quanto não diz) a lei. É no silêncio dessa que a doutrina, portanto, assume fundamental papel em investigar o fenômeno e em esforçar-se em conceituá-lo, em defini-lo, preenchendo a lacuna legislativa e reforçando o papel ativo da academia.

⁵⁵ Tradução livre do original em inglês: “*Third-party funding is a financing method in which an entity that is not a party to a particular dispute funds another party's legal fees or pays an order, award, or judgment rendered against that party, or both. The agreement between the funder and the funded party may also include paying another party's attorney fees if the funded party loses the case or the decision-maker (i.e., an arbitrator or panel of arbitrators, a judge or panel of judges, or a jury) orders the funded party to pay the attorney fees of another party.*”

⁵⁶ DALBOSCO, Gustavo Dallazem. Evolução e desafios da arbitragem na prestação de uma tutela jurisdicional efetiva. In FINKELSTEIN, Cláudio. (Org.) **Arbitragem e direito: estudos pós-graduados**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p.265.

⁵⁷ MANNHEIMER, Sergio Nelson e MONTEIRO, Andre Luis. *Third-party funding* e alocação de custos na arbitragem. In MACHADO FILHO, José Augusto Bittencourt; QUINTANA, Guilherme Enrique Malosso; RAMOS, Gustavo Gonzalez; BAQUEDANO, Luis Felipe Ferreira; BIOZA, Daniel Mendes; e, PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes. (Org.) **Arbitragem e processo: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona**. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 17 dez. 2022.

⁵⁹ MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de Direito Arbitral: teoria e prática**. 8.ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 87.

De modo semelhante, consenso também não há dentre as principais instituições arbitrais, domésticas e estrangeiras. Isso é corroborado pelo fato de que algumas instituições arbitrais têm regulamentos sobre TPF, mas não possuem nenhuma definição.

Sob uma perspectiva de que tais instituições atendem ao mercado de arbitragens, poder-se-ia conjecturar se o fato de que financiadores e partes financiadas acabam por reconhecer a existência um do outro, em vez de tentar estabelecer uma definição clara de TPF, os regulamentos correspondentes deveriam adotar uma abordagem mais flexível, sem conceituação, talvez apenas regulando o dever de divulgação da existência de um acordo.⁶⁰ No entanto, embora essa abordagem ofereça flexibilidade, pode confundir as partes, os profissionais envolvidos e os tribunais arbitrais quanto às suas obrigações, o que poderá frustrar o propósito de regulamentação do TPF pela instituição.

Em nível internacional, o Regulamento de Arbitragem da *International Chamber of Commerce* (ICC), apesar de não definir o *third-party funding*, exige que as partes divulguem acordos sobre financiamento por terceiros. Seu art. 11(7) assim dispõe:

(...) cada parte deverá notificar prontamente a Secretaria, o tribunal arbitral e as demais partes da existência e da identidade de qualquer terceiro que tenha celebrado acordo relativo ao financiamento de demandas ou defesas, nos quais essa parte tenha interesse econômico no resultado final da arbitragem.⁶¹

No âmbito doméstico, o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) também não se ocupa em conceituar o *third-party funding*. Contudo, não se olvida a referida instituição em conceituar o fenômeno. Aliás, é digno notar que a instituição foi precursora, entre as instituições domésticas, em empreender-se no esforço de conceituação ao editar a Resolução Administrativa nº 18/2016. Seu art. 1º assim define:

Considera-se financiamento de terceiro quando uma pessoa física ou jurídica, que não é parte no procedimento arbitral, provê recursos integrais ou parciais a uma das partes para possibilitar ou auxiliar o pagamento dos custos do procedimento arbitral, recebendo em contrapartida uma parcela ou porcentagem de eventuais benefícios auferidos com a sentença arbitral ou acordo.⁶²

⁶⁰ Uma abordagem do tipo *know it when you see it* (você sabe quando você vê, em tradução livre).

⁶¹ Texto oficial do art. 11(7) do **Regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC)**. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2022.

⁶² Texto oficial do art. 1º da **Resolução Administrativa nº 18/2016** do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). 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: 17 dez. 2022.

De modo semelhante, não é o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP / FIESP que se ocupa em conceituar o *third-party funding*. É na Resolução nº 6/2019 que se encontra o conceito. Seu art. 3-A.2 assim define:

O financiamento de terceiros ocorre nos casos em que uma parte celebra negócio jurídico por meio do qual o terceiro financiador oferece os recursos financeiros destinados ao custeio do procedimento arbitral, ficando estipulado ao terceiro financiador um benefício econômico condicionado a determinado resultado do procedimento⁶³.

Não diferente, também não é o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB) que trata de conceituar o *third-party funding*. É a Resolução Administrativa nº 14/2020 que o conceitua. Seu art. 2.1 assim dispõe:

Por Terceiro Financiador, entende-se qualquer pessoa, física ou jurídica, que não seja parte na arbitragem, mas que firma acordo com uma das partes, com os patronos de uma das partes, ou com sociedade coligada a uma das partes do procedimento (“Terceiro Financiador”), no intuito de prover benefícios materiais ou arcar com parte ou com a totalidade das custas e despesas da arbitragem, recebendo, como contrapartida, remuneração ou participação, total ou parcial, no proveito econômico a ser eventualmente auferido pela parte financiada na sentença arbitral.⁶⁴

Instituições internacionais também têm se lançado em estudar mais o tema. O *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA) conjugou esforços com a *Queen Mary University of London* (*Queen Mary*) em uma força-tarefa iniciada em 2013 para estudar mais detalhadamente o financiamento da arbitragem por terceiros. Resultado da força-tarefa, foi publicado em 2018 relatório conjunto das instituições. Apesar de já passados sete anos desde sua edição, seus resultados ainda se mostram especialmente relevantes.

A força-tarefa ICCA-Queen Mary concluiu que, já à época, a existência de modalidades diversas de financiamento, associada ao potencial futuro de surgimento de novas modalidades, tornava complexa a tarefa de redigir um conceito único e específico para definir o *third-party funding*. A opção foi, portanto, apresentar um conceito mais abrangente para o fenômeno:

O termo “financiamento por terceiros” refere-se a um acordo de uma entidade que não é parte na disputa para fornecer a uma parte, uma afiliada dessa parte ou um escritório de advocacia que represente essa parte,

⁶³ Texto oficial do art. 3-A.2 da **Resolução nº 6/2019** da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP / FIESP. Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/atos-normativos/resolucao-6-2019.html>. Acesso em: 17 dez. 2022.

⁶⁴ Texto oficial do art. 2.1 da **Resolução Administrativa nº 14/2020** da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB). Disponível em: <https://camarb.com.br/arbitragem/resolucoes-administrativas/resolucao-administrativa-n-14-20/>. Acesso em: 17 dez. 2022.

a) fundos ou outro suporte material para financiar parte ou a totalidade dos custos do procedimento, individualmente ou como parte de uma carteira de casos, e

b) esse apoio ou financiamento é fornecido em troca de remuneração ou reembolso total ou parcialmente dependente do resultado da disputa, ou fornecido por meio de subsídio ou em retorno de um prêmio.⁶⁵⁻⁶⁶

Profissionais de mercado, de instituições financiadoras, também desenvolvem suas próprias definições. Em linha com a multiplicidade de conceitos já apresentados, Annie Lespérance, Daniela Raz e Leticia Goñi, assim definem:

O financiamento de disputas consiste no fornecimento de fundos por um financiador comercial a uma empresa ou indivíduo que busca uma reivindicação em juízo ou em arbitragem. De acordo com uma transação de financiamento, durante o processo, o financiador paga alguns ou todos os custos legais e desembolsos da parte financiada, incluindo honorários de advogados e especialistas, custas judiciais ou arbitrais e pode até mesmo fornecer capital de giro para a parte financiada. (...) Em troca do financiamento, o financiador pode receber uma parte dos recursos recuperados em juízo ou em arbitragem.⁶⁷⁻⁶⁸

Como mencionado na Introdução, este trabalho enfoca o tema do financiamento da arbitragem comercial por terceiros. Independentemente disso, dada a relevância do mecanismo para o mundo arbitral, à título ilustrativo, apresenta-se um conceito de tal mecanismo atribuído à arbitragem de investimentos. Como pode-se depreender, conceitualmente, em nada se distancia do TPF na arbitragem comercial. Willem H. van Boom assim conceitua:

(...) contrato entre um requerente em um procedimento de arbitragem de investimentos e uma parte que não possui interesse preexistente na arbitragem. O financiador do TPF arcará com partes específicas das despesas do requerente relativas à arbitragem. O requerente

⁶⁵ Tradução livre do original em inglês: “*The term “third-party funding” refers to an agreement by an entity that is not a party to the dispute to provide a party, an affiliate of that party or a law firm representing that party,*

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

b) such support or financing is either provided in exchange for remuneration or reimbursement that is wholly or partially dependent on the outcome of the dispute, or provided through a grant or in return for a premium payment.”

⁶⁶ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. **Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration.** Londres: ICCA Reports, 2018, p. 50.

⁶⁷ Tradução livre do original em inglês: “*Dispute funding consists of the provision of funds by a commercial funder to a company or individual pursuing a claim in litigation or arbitration. Pursuant to a funding transaction, during the course of the proceedings, the funder pays some or all of the funded party’s legal fees and disbursements, including lawyer and expert fees, litigation or arbitration related costs, and can even provide working capital to the funded party. (...) In exchange for providing financing, the funder may receive a portion of proceeds recovered in litigation or arbitration.*”

⁶⁸ LESPÉRANCE, Annie; RAZ, Daniela; e GOÑI, Leticia. *The state of dispute funding in Latin America.* In ASTIGARRAGA, José. (Ed.) **The guide to arbitration in Latin America.** Londres: Law Business Research, 2022, p. 125-140.

compartilhará uma parte dos recursos da sentença arbitral ou acordo com o financiador. No entanto, o financiador não terá direito a remuneração caso a ação seja julgada improcedente. Além disso, o financiador do TPF poderá concordar em indenizar (no todo ou em parte) o requerente por decisões sobre custos judiciais adversos.⁶⁹⁻⁷⁰

1.3.1 Modalidades do financiamento da arbitragem por terceiros

Como dito anteriormente, quando uma parte recorre ao financiamento de uma demanda é fundamental ter muito claro em qual categoria se enquadra tal acordo de financiamento. Em especial no mundo da arbitragem internacional – com suas distintas implicações culturais – o financiado precisa ter certeza se está contratando uma modalidade de financiamento típico (*non-recourse*) ou se está diante de algum outro fenômeno correlato. Isso é fundamental para orientar a própria contratação e a atuação das partes em arbitragem, também balizando as questões econômicas e as implicações éticas e culturais.

“O financiamento por terceiros é um termo abrangente que compreende uma variedade de situações”, conforme dito por Swargodeep Sarkar.⁷¹⁻⁷² Nessa linha, abrange outras formas de financiamento funcionalmente semelhantes e oferecidas no mesmo mercado de financiamento de arbitragem – porém, distintas conceitualmente e em sua prática de mercado.⁷³ Isso pode incluir produtos de seguros, acordos de honorários (*contingency fee*), situações filantrópicas ou *pro bono* e outras formas de financiamento em que um terceiro fornece financiamento para uma disputa legal em troca de um retorno sobre o investimento.⁷⁴

A estrutura e as disposições de cada operação, contudo, podem variar conforme seja a

⁶⁹ Tradução livre do original em inglês: “(...) *contract between a claimant in an investment arbitration procedure and a party who has no pre-existing interest in the arbitration. The TPF funder will bear specific parts of the claimants’ out-of-pocket expenses concerning arbitration. The claimant will share a portion of the proceeds of the award or settlement with the funder. However, the funder is not entitled to remuneration should the claim fail. Additionally, the TPF funder may agree to (in whole or part) indemnify the claimant for adverse cost orders.*”

⁷⁰ BOOM, Willem H. van. *Third-party Financing in International Investment Arbitration*. Rotterdam, The Netherlands: Erasmus School of Law, 2011, p. 26.

⁷¹ Tradução livre do original em inglês: “*Third party funding is an umbrella term which embraces a variety of situations.*”

⁷² SARKAR, Swargodeep. *Third-Party Funding in International Arbitration: New Challenges and Global Trends*. *International Journal of Legal Science and Innovation*, vol. 2, issue 3. India: 2020, p. 271.

⁷³ Willem H. van Boom tem interessante publicação na qual recapitula várias das modalidades de financiamento funcionalmente semelhantes oferecidas no mercado internacional de financiamento de arbitragem. Ver BOOM, Willem H. van. *Third-party Financing in International Investment Arbitration*. Rotterdam, The Netherlands: Erasmus School of Law, 2011.

⁷⁴ LI, X. Y. *Third-Party Funding in International Arbitration: An Analysis of Policy Challenges and Practical Considerations*. *Beijing Law Review*, 15 – Beijing: 2024, p. 296.

modalidade, o caso, o processo em questão. Quem está na figura do financiador e quem está no polo financiado também são determinantes para a oferta e a escolha de uma ou outra modalidade. Empréstimos e financiamentos bancários; financiamento corporativo – baseado em capital próprio (*equity funding*) por meio da captação de recursos de terceiros mediante a emissão de valores mobiliários e/ou emissão de títulos de dívida (*debt*) e financiamento entre partes relacionadas, como matriz e filial (*intercompany loans*); financiamento em duas etapas, quando o escritório de advocacia financia o litígio com os honorários de êxito e o terceiro financia o escritório; financiamento com o uso de um veículo, como por intermédio de uma empresa de propósito específico (*special purpose vehicle – SPV*) – modelo no qual o investimento do financiador se dá por meio da aquisição de ações ou cotas da SPV e seu retorno é derivado dos lucros gerados pelo sucesso da arbitragem e distribuíveis pela SPV; por meio de uma associação específica (*joint venture*), ou quando há uma associação entre escritório e financiador (uma espécie de *joint venture*); financiamento mediante aporte de capital do financiador no financiado, com aquisição de participação acionária mediante subscrição e integralização de capital; são exemplos de outros arranjos possíveis para o financiamento da arbitragem por terceiros.

As mencionadas situações filantrópicas ou *pro bono* refogem das modalidades e arranjos usuais em que há clara expectativa de retorno financeiro, lucro, sobre o investimento realizado ao financiar uma disputa. Nesses casos, a hipótese de insucesso já está prevista na assunção do risco e, dentre as razões para a concessão do financiamento, não está o retorno sobre o capital investido.

O financiamento terá natureza gratuita, de doação não onerosa, pelo qual o financiador, ou um terceiro que contrata o financiamento, tem interesse social ou político em assumir o risco e financiar determinada demanda. Pode ser também o caso em que se busca estabelecer princípios que podem ser aplicáveis em casos semelhantes ou o financiamento de situações que envolvam *amicus curiae*. Trata-se dos casos financiamento de interesse comum (*common interest funding*)⁷⁵, via de regra, sem fins lucrativos (*not-for-profit third-party funding*).⁷⁶

Em que pese a multiplicidade de modalidades e arranjos, este trabalho se ocupa em

⁷⁵ BLACKABY, Nigel; e WILBRAHAM, Alex. *Third- party Funding in Investment Treaty Arbitration*. In YANNACA-SMALL, Katia (ed) *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)*. London: Oxford University Press, 2018, p. 698-723.

⁷⁶ Este tema voltará a ser explorado no capítulo três deste trabalho, quando será tratado sob o viés da economia e cultura do TPF, sob o olhar dos imperativos éticos envolvidos nesta modalidade de financiamento.

abordar o acordo de financiamento típico, *non recourse* (sem recurso).⁷⁷

1.3.2 O acordo de financiamento típico, modalidades e forma de pactuação

O acordo de financiamento típico é caracterizado pela sua natureza *non recourse* (sem recurso). Nesta modalidade, o financiador não tem interesse prévio na disputa. Seu único interesse é fornecer financiamento em troca de um retorno sobre o investimento, caso a demanda seja bem-sucedida para o financiado (*for-profit third-party funding*).

No financiamento típico, o financiador correrá o risco de financiar um caso sem a obtenção de qualquer retorno, seja do capital investido, seja de algum resultado rentabilizando o capital empregado. O reembolso do capital adiantado e o retorno sobre o investimento limitam-se ao valor recuperado na arbitragem, se houver.⁷⁸

Para este arranjo, a perspectiva de êxito de uma demanda configura o elemento central da concessão de crédito ao financiado, desvinculado de uma tradicional garantia em ativos. O financiador-investidor estima maior probabilidade de ocorrência às hipóteses de sucesso do que às de insucesso da demanda em sua avaliação de riscos. E tem uma clara expectativa de retorno financeiro, lucro, sobre o investimento realizado ao financiar uma disputa.

O financiamento *non recourse* é, usualmente, fornecido para demandas individuais (*single case*). Financiadores especializados também desenvolveram a modalidade de financiamento de portfólio sem recurso (*non recourse portfolio financing*) para demandas múltiplas. O mecanismo de *portfolio financing* pode ser usado como ferramenta de gestão de risco por empresas expostas a demandas frequentes ou por escritórios de advocacia que desejam oferecer aos seus clientes acordos alternativos de financiamento.⁷⁹

Uma classificação interessante, porém, não exaustiva, das modalidades para a concessão do financiamento típico em arbitragem foi apresentada por Tran Hoang Tu Linh e Bui Trung Hieu⁸⁰. Segundo os autores, o acordo de financiamento pode ser classificado pelo:

⁷⁷ O financiamento típico é também usualmente chamado de clássico. Neste trabalho, é dada preferência à utilização do termo típico para evitar qualquer confusão com o conceito de financiamento tradicionalmente adotado na doutrina jurídica e em teoria de finanças, o qual, via de regra, prevê, em qualquer hipótese, o repagamento do capital investido, idealmente, rentabilizado com algum retorno. Ver item 1.2 acima.

⁷⁸ LI, X. Y. *Third-Party Funding in International Arbitration: An Analysis of Policy Challenges and Practical Considerations*. *Beijing Law Review*, 15. Beijing: 2024, p. 296.

⁷⁹ BLACKABY, Nigel; e WILBRAHAM, Alex. *Third-party Funding in Investment Treaty Arbitration*. In YANNACA-SMALL, Katia (ed) *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)*. London: Oxford University Press, 2018, p. 698-723.

⁸⁰ LINH, Tran Hoang Tu; e BUI, Trung Hieu. *Third-Party Funding in Commercial Arbitration in ASEAN: Dealing with Conflicts of Interest*. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 16, n. 1. Taiwan: 2023, p. 97-144.

(1) Tipo da demanda – (1a) de caráter personalíssimo, como indenizações por danos, e de consumo; e, (1b) de caráter comercial; (2) Interesse no processo – (2a) financiamento com interesse econômico direto do financiador em obter retorno financeiro ao final da arbitragem, usualmente nos casos de financiamento de demandas individuais, *single case*; (2b) financiamento com interesse econômico indireto do financiador no processo de arbitragem por meio de uma cadeia de contratos e/ou relacionamentos, tal como o financiamento de escritórios de advocacia que financiam seus próprios clientes e o financiamento de múltiplas demandas, o *portfolio financing*; e, (2c) financiamento sem interesse econômico, porém com interesse social, político ou em prol de um interesse comercial maior que transcenda a reivindicação específica que está sendo financiada, embora esta última esteja mais associada ao contexto da arbitragem de tratados de investimento (modalidade esta que, a nosso ver, poderia ser enquadrada na categoria 2b anterior);⁸¹⁻⁸² e, (3) Tipo de mercado – (3a) mercado primário, que é o arranjo mais usual, quando um acordo de financiamento é firmado entre financiador e financiado pela primeira vez para determinado caso; e, (3b) mercado secundário, em que financiadores anteriores negociam seus títulos com novos financiadores sem o envolvimento da parte financiada.⁸³

Seja qual for a classificação, o acordo de financiamento *non recourse* é, em realidade, um construto que envolve uma transferência de risco e uma transferência condicional de resultados.⁸⁴ Sua natureza, estrutura e características podem variar significativamente de caso para caso, assim como o processo envolvido na implementação do acordo.⁸⁵

⁸¹ Em algumas circunstâncias, o financiador pode financiar motivado por fins psicológicos ou éticos. Em outras, diga-se, nada ortodoxas, pode-se financiar uma parte para buscar vingança contra a outra, seja como estratégia própria do financiador, ou por manipulação do financiado, ou de terceiro interessado. Este tema voltará a ser explorado no capítulo três deste trabalho, quando será tratado sob o viés dos imperativos éticos no contexto da economia e cultura do TPF.

⁸² Os autores ainda apresentam uma quarta modalidade ao segundo critério de classificação, que seria considerado como (2d) financiamento com interesse não vinculado ao resultado, quando um valor fixo é condicionado como repagamento do capital empregado independentemente do resultado. Para fins deste trabalho, desconsidera-se esta modalidade. Diante do quanto visto no item 1.3.1 anterior, sustenta-se neste trabalho que esta hipótese claramente não se encaixa no financiamento típico *non recourse*, seja para *single cases*, seja para *portfolio financing*.

⁸³ Os autores comentam que se trata de um setor relativamente novo, no qual as demandas são tratadas como ativos negociáveis. Ao contrário do mercado primário, torna-se complexa a administração do financiamento no mercado secundário. Os financiadores podem negociar seus investimentos mais rapidamente do que a capacidade das partes e dos árbitros de reconhecê-los. Apesar dessas complicações, regulamentações especiais para financiadores no mercado secundário são praticamente inexistentes. Diante do quanto abordado neste trabalho, sustenta-se que, à medida que o setor continue a crescer, regulamentar o mercado secundário inevitavelmente far-se-á mais necessário do que qualquer tentativa de regulamentação do mercado primário.

⁸⁴ BOOM, Willem H. van. *Third-party Financing in International Investment Arbitration*. Rotterdam, The Netherlands: Erasmus School of Law, 2011, p. 32.

⁸⁵ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *Report of the ICCA-Queen Mary*

O acordo de financiamento estabelece os termos em que o financiamento é fornecido ao requerente, incluindo a extensão do compromisso de financiamento, a estrutura de retorno, os direitos e obrigações das partes e os direitos de rescisão.⁸⁶ Duração do compromisso de financiamento, exclusividade, confidencialidade e divulgação da existência do acordo; constatação imediata ou superveniente de conflitos de interesse; indenizações, lei aplicável e solução de disputas; bem como, apoio estratégico do financiador ao financiado – sem ingerência, nem controle das decisões jurídicas – e cooperação do financiado com o financiador; e, diretrizes para negociar, aceitar ou recusar acordos no curso do processo arbitral – para o caso em que a disputa em arbitragem, sob financiamento, venha a ser solucionada mediante um acordo – também fazem parte dos termos e condições primordiais em um acordo de financiamento típico.⁸⁷

O acordo típico nasce, usualmente, ao final de um processo que se inicia com a assinatura de um acordo de confidencialidade e/ou de não divulgação entre financiador e financiado. Em seguida, o financiado apresentará preliminarmente o caso ao financiador, compartilhando informações detalhadas. Um pré-acordo, uma carta de intenções (*letter of intent*), uma carta de compromisso (*engagement letter*), um memorando de entendimentos (*memorandum of understandings – MoU*), um acordo de exclusividade são alguns dos contratos preliminares que comumente também podem ser firmados nesta fase inicial.⁸⁸

Em etapa subsequente, uma auditoria legal, documental, financeira e de avaliação de riscos (*due diligence*) será executada pelo financiador. Trata-se de etapa crucial para a análise da viabilidade da concessão do financiamento. Ainda neste momento, acordos auxiliares, correspondentes aos antes mencionados contratos preliminares, podem ser firmados como parte da formalização do acordo geral de financiamento – e permitem avançar no engajamento entre financiador e financiado. Nesta fase se delineiam os termos comerciais da proposta de financiamento-investimento, com natureza vinculante, ou não, dependendo da condução das tratativas.

task force on third-party funding in international arbitration. Londres: ICCA Reports, 2018, p. 24.

⁸⁶ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration*. Londres: ICCA Reports, 2018, p. 32.

⁸⁷ Bianca Maria Fusco Galvão Del Monaco, em interessante publicação, estabelece importantes diretrizes para orientar advogados e investidores na elaboração dos principais termos e condições de um contrato de financiamento. Ver DEL MONACO, Bianca Maria Fusco Galvão. **Financiamento de litígios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 159-169.

⁸⁸ Francesca Mastragostino tem interessante publicação sobre os estágios que levam à assinatura de um acordo de financiamento, incluindo fatores considerados durante o processo de avaliação sob a perspectiva de um financiador. Ver MASTRAGOSTINO, Francesca. *Third-party funding in international arbitration: the funder's perspective*. *Les dossiers du blog de l'arbitrage, Club de l'arbitrage, Centre de Droit Économique, Aix-Marseille Université*. Aix-en-Provence: 2022.

O engajamento será pactuado, em definitivo, em um contrato de financiamento – importante frisar, com índole de investimento. Gian Marco Solas particulariza-o como um contrato de operação financeira, porém, distinto dos contratos de empréstimos e financiamentos puramente bancários.⁸⁹ Willem H. van Boom considera-o como um contrato de serviços e comenta que será regido pela lei do país onde o financiador do TPF tem residência habitual, a menos que seja admitida uma cláusula de escolha da lei aplicável (*a choice-of-law clause*).⁹⁰

Não há consenso na doutrina sobre como deve ser pactuado o acordo típico. Como tal, este trabalho fica com as palavras de Adnan Tarık Doğan, para quem “há benefício em considerá-lo como *sui generis*.”⁹¹

Diante disso, em geral, os termos e condições associados à contratação de um financiamento em arbitragem comercial, internacional ou doméstica, dependerão, substancialmente, da negociação entre financiador e financiado, em claro respeito à liberdade contratual e ao princípio da autonomia da vontade das partes em se autodeterminar na contratação.⁹² Em última análise, dependerão da *lex arbitri*, da *lex causae* e da legislação doméstica e/ou internacional aplicável ao contrato. Ainda que seja um instrumento com grande apelo financeiro, um construto de mercado, deve-se considerar cuidadosamente os aspectos não apenas comerciais e econômico-financeiros, mas também os jurídicos, na contratação do acordo.

1.3.2.1 Natureza jurídica e enquadramento jurídico do acordo de financiamento típico no Direito brasileiro

“No Brasil, não se vislumbra nenhum impedimento legal para o uso do TPF”, conforme opina Mariana de Souza Saraiva.⁹³ Bianca Maria Fusco Galvão Del Monaco compartilha de sua opinião ao afirmar que “o financiamento de litígios não encontra riscos concretos na legislação em vigor que obste sua implementação e seu desenvolvimento”.⁹⁴

⁸⁹ SOLAS, Gian Marco. *Third-party funding – Law, Economics and Policy*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2019, p. 137.

⁹⁰ BOOM, Willem H. van. *Third-party Financing in International Investment Arbitration*. Rotterdam, The Netherlands: Erasmus School of Law, 2011, p. 43.

⁹¹ DOĞAN, Adnan Tarık. *Third-party funding in international investment arbitration*. *Public and Private International Law Bulletin*, 42(2), Faculdade de Direito, Universidade de Istambul. Turquia: 2022, p. 714.

⁹² Este tema voltará a ser explorado no capítulo três deste trabalho, quando será tratado sob o viés da economia e cultura do TPF, sob o olhar dos imperativos éticos envolvidos na contratação do financiamento.

⁹³ SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 82.

⁹⁴ DEL MONACO, Bianca Maria Fusco Galvão. **Financiamento de litígios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 156.

Com respeito a sua natureza jurídica, no direito brasileiro, o acordo de financiamento típico é contrato aleatório, pois o financiador pode não receber nada em caso de insucesso da parte financiada no julgamento da demanda. Napoleão Casado Filho pondera que, do ponto de vista jurídico, tal acordo não deveria ser chamado de financiamento, pois não se trata de contrato de empréstimo ou de mútuo. Deve, pois, ser denominado de investimento para que não restem dúvidas sobre sua natureza aleatória, afinal, o investidor efetivamente assume o risco do processo, podendo perder todo o valor investido.⁹⁵

Sua natureza revela também que o acordo de financiamento típico é um contrato atípico, pois não há contornos previamente definidos, nem regras gerais específicas ou regime próprio.⁹⁶ Mariana de Souza Saraiva sustenta essa afirmação ao concluir que diz respeito a um contrato atípico de investimentos que não deve ser confundido com nenhum outro contrato típico existente na legislação brasileira.⁹⁷

Na classificação proposta por Vinícius Eduardo Pereira dos Santos, além de atípico, sua natureza revela que é um contrato misto e negociável; geralmente não formal, sem exigência legal de determinada formalidade; individual e personalíssimo, não envolvendo terceiros à relação entre financiador e financiado; real, visto que exige a entrega de um de seus objetos para se aperfeiçoar – no caso, o investimento; bilateral; aleatório; sucessivo; e, por fim, recíproco (gratuito quando não houver devolução de valores pela sua forma *non recourse*, ou oneroso, quando houver o retorno do investimento feito em caso de sucesso da demanda).⁹⁸

Marcel Carvalho Engholm Cardoso, por outro lado, opina que a natureza jurídica do acordo típico assemelhar-se-ia mais a um contrato de sociedade do que a um contrato bilateral sinalagmático, pois as partes não possuem interesses contrapostos, porém, paralelos e convergentes.⁹⁹

O exame da natureza jurídica do acordo de financiamento típico conduz, naturalmente, à investigação de qual seria seu enquadramento jurídico, qual a forma jurídica que deve revesti-lo. Não há consenso entre os doutrinadores que se debruçam sobre o tema. Inobstante,

⁹⁵ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do *third-party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 186.

⁹⁶ Desde que respeitadas as normas gerais estabelecidas no Código Civil para a celebração de contratos fora dos modelos previstos em lei e que a liberdade contratual seja exercida nos limites da função social do contrato. Vide art. 425 e art. 421 da **Lei 10.406/2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 dez. 2022.

⁹⁷ SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 125.

⁹⁸ SANTOS, Vinícius Eduardo Pereira dos. **Financiamento de litígios por terceiros: *third-party funding* como incentivo ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 113-114.

⁹⁹ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. **Arbitragem e financiamento por terceiros**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 77-84.

ao contrário de ser um problema, isso acaba por enriquecer o debate.¹⁰⁰

Para Napoleão Casado Filho, o negócio fiduciário parece ser a forma mais apropriada para o investimento. O acordo de financiamento típico seria revestido na forma de cessão fiduciária de créditos:

No caso de um acordo de investimento em arbitragem, a parte investida seria o devedor fiduciante, e o investidor, o credor fiduciário. O investido permaneceria na propriedade dos créditos, mas com condição resolutive. Ao término do procedimento, a propriedade sobre os créditos pactuados na arbitragem se resolveria e recairia sobre o investidor, na qualidade de credor fiduciário. Assim, parece-nos que a cessão fiduciária de créditos, que nada mais é que uma cessão de crédito acrescida e revestida da figura da alienação fiduciária, é a forma mais apropriada de se pactuar o investimento em arbitragem, sobretudo pela garantia que essa modalidade traz em relação a uma eventual falência.¹⁰¹

Para Marcel Carvalho Engholm Cardoso, o enquadramento jurídico dependerá diretamente das diferentes naturezas jurídicas possíveis para o investimento. Entendendo-se o acordo de financiamento típico como um contrato bilateral sinalagmático, seria revestido na forma de cessão de crédito:

A grande vantagem dessa forma de financiamento é que, pela cessão de crédito, transfere-se tão somente o direito ao recebimento de determinado valor, mas não a obrigação subjacente que lhe deu origem, de modo que o financiador não se torna necessariamente titular da relação jurídica de direito material.¹⁰²

Por outro lado, entendendo-se que o acordo de financiamento típico se assemelharia mais a um contrato de sociedade, o tipo societário mais adequado para revesti-lo seria a sociedade em conta de participação (SCP):

No caso, o financiado adotaria a posição de sócio ostensivo, mantendo-se titular do direito material e seguindo individualmente em sua relação perante a parte adversa. O financiador, por sua vez, sócio participante, forneceria os fundos à sociedade, não participando de qualquer forma da relação com a parte contrária, mas detendo o direito de receber um percentual da condenação, conforme o acerto interno da SCP.¹⁰³

¹⁰⁰ Apesar de não haver consenso sobre o enquadramento jurídico mais apropriado ao acordo de financiamento típico, existe forte inclinação consensual sobre quais são as figuras jurídicas inapropriadas para revesti-lo, as quais são aqui apresentadas à título ilustrativo, sem que este trabalho se ocupe em seu detalhamento. São algumas delas: (i) assunção de dívida; (ii) cessão de posição contratual; (iii) empréstimo; (iv) estipulação em favor de terceiros; e, (v) seguro.

¹⁰¹ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do *third-party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 220.

¹⁰² CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. **Arbitragem e financiamento por terceiros**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 94.

¹⁰³ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. **Arbitragem e financiamento por terceiros**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 100-101.

1.3.2.2 Elementos caracterizadores essenciais do acordo de financiamento típico

Da multiplicidade de definições, depreendem-se pelo menos dois elementos essenciais que caracterizam o financiamento da arbitragem por terceiros: (i) o binômio financiamento–investimento; e, (ii) seus corolários remuneração–retorno.

Em linha com tais elementos, está a opinião de Marcel Carvalho Engholm Cardoso. Ao explicar que o *third-party funding* não será adequado a todo tipo de demanda, mas àquela em que seja possível vislumbrar retorno financeiro, acredita que cada financiador–investidor terá seu próprio conjunto de elementos que considera para financiar–investir.¹⁰⁴ De modo análogo, este trabalho acrescenta que cada financiado também terá seu próprio conjunto de elementos, seus próprios critérios para buscar um financiamento.

Algumas convergências adicionais podem ser identificadas dentre outros elementos caracterizadores do financiamento da arbitragem por terceiros. Num esforço de categorização, de modo não exauriente e para melhor aproveitamento didático, inicialmente, são apontados elementos caracterizadores que têm natureza afeita à economia do *third-party funding*. Em seguida, elementos de natureza jurídica.

Do ponto de vista econômico, relacionam-se os seguintes:

1. Demanda condenatória em pecúnia: o caso deve ter valor pecuniário. Demandas declaratórias ou de cumprimento específico de obrigação dificilmente produzirão retorno financeiro ao financiador.

2. Expectativa de retorno maior do que o valor investido: o retorno esperado deve ser suficiente para cobrir o valor investido e gerar lucro na operação.

3. Razoáveis chances de êxito: análise de risco deverá ser feita tendo em vista a natureza de investimento de risco. O financiamento–investimento usualmente é feito em demandas que tenham reais possibilidades de sucesso, pois, geralmente, o valor a ser recuperado pelo financiador depende do sucesso da demanda.

4. Solvabilidade da parte adversa: análise de crédito e risco deverá ser feita quanto à capacidade de pagamento da parte adversa. Não basta o sucesso na demanda se a contraparte não for solvente.

¹⁰⁴ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. **Arbitragem e financiamento por terceiros**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 50.

5. Mitigação e transferência dos riscos: o financiamento da arbitragem viabiliza repartir o risco de um processo arbitral entre a parte financiada e o financiador. Não só o valor a ser recuperado pelo financiador depende do sucesso da demanda, como, em caso de insucesso, a parte financiada limitará seus prejuízos.

Do ponto de vista do direito, são outros os elementos que interessam ao financiamento da arbitragem por terceiros:

1. Acesso à justiça: o financiamento permite viabilizar o atendimento ao direito fundamental inscrito no princípio constitucional do acesso à justiça¹⁰⁵⁻¹⁰⁶, bem como pode permitir um acesso equilibrado entre as partes à solução de seus conflitos. “Gera o efeito positivo de ampliar o acesso à jurisdição arbitral”, como assevera Joaquim de Paiva Muniz.¹⁰⁷

2. Validade e eficácia: os acordos entre financiador e parte financiada devem respeitar os princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade das partes. Devem respeitar a capacidade jurídica das partes, o consentimento válido, ter objeto que não seja contrário à lei ou à ordem pública.

3. Confidencialidade: apesar da inexistência de previsão legal expressa que assegure a confidencialidade de uma arbitragem, na prática, a confidencialidade acaba sendo a regra quando pactuada pelas partes, ou quando prevista em regulamento de arbitragem da instituição arbitral eleita pelas partes.¹⁰⁸ Para evitar a quebra da confidencialidade pela parte financiada ao fornecer informações da arbitragem para o financiador, Joaquim de Paiva Muniz recomenda “que o financiador fique sujeito ao dever de confidencialidade.”¹⁰⁹ Efeito adicional dessa recomendação é que o financiador deverá manter a obrigação de não revelar o teor da arbitragem financiada.

4. Imparcialidade e independência: o financiamento pode causar impactos na imparcialidade e na independência do árbitro, podendo levar ao seu afastamento, à rescisão ou anulação da sentença arbitral.¹¹⁰ Eventual relação do árbitro com o financiador pode acarretar

¹⁰⁵ Vide art. 5º, XXXV da **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

¹⁰⁶ Importante entender que, dentro do sistema arbitral, este princípio deve ser entendido como um direito de acesso a um processo arbitral e não como um direito de recorrer ao judiciário em detrimento de convenção de arbitragem decorrente do expresso acordo de vontades das partes.

¹⁰⁷ MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de Direito Arbitral: teoria e prática**. 8.ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 87.

¹⁰⁸ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; e FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de arbitragem comentada artigo por artigo**. São Paulo: Juspodivm, 2019, p. 34-35.

¹⁰⁹ MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de Direito Arbitral: teoria e prática**. 8.ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 125.

¹¹⁰ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. **Arbitragem e financiamento por terceiros**. São Paulo:

seu interesse no resultado da demanda, influenciando seu estado mental para julgar, eivando-o com alguma inclinação.

5. Dever de revelação: parece haver um interesse do mercado financiador na confidencialidade da operação de financiamento. Embora não haja consenso sobre o sigilo do financiamento, a prática internacional evidencia que é recomendável a revelação da existência do financiamento pela parte financiada.¹¹¹ Apesar de inexistir regra no direito brasileiro que obrigue a parte financiada a revelar a existência do financiamento, é importante que seja voluntariamente divulgado pela parte para que o próprio árbitro – e a parte adversa – possam analisar se há (ou não) fato relevante que possa afetar a imparcialidade e a independência do árbitro.¹¹² “A regra da confidencialidade deve ser relativizada e o dever de revelação deve ser privilegiado”, é o que ensina Napoleão Casado Filho.¹¹³ Importante ressaltar que a ausência de revelação não gera, *per se*, nulidade da sentença arbitral. Será necessário comprovar o efetivo prejuízo decorrente de real conflito de interesses pela ausência de revelação.

6. Outros potenciais conflitos de interesses: que podem existir, ou vir a se configurar, entre:¹¹⁴

(i) financiador e financiado (investidor e investido): pela transferência do risco e, eventual ingerência sobre o poder decisório na gestão estratégica da demanda;

(ii) investidor e advogado: diante do fato de quem indica quem – o investido ou o advogado indica o investidor – bem como a quem se deve prestar contas e a necessária clareza de quem tem o interesse protegido;

(iii) parte e advogado: em razão da necessária independência do advogado em relação ao financiador na defesa dos interesses da parte financiada, bem como pela sua eventual relação com investidor;

(iv) investidor e árbitro: que pode afetar a imparcialidade e a independência do árbitro em relação ao investidor e à parte financiada; e,

(v) investidor e parte adversa: diante do eventual interesse do investidor no efeito do

Almedina, 2020, p. 209.

¹¹¹ Evidentemente, não há lei, nem regulamento de instituição arbitral, nem *soft law* que exija a revelação do teor do financiamento. O acordo de financiamento, precificação e outras cláusulas e condições contratuais e comerciais podem (e devem) ser preservados em sigilo.

¹¹² BIRAL, Camila; e MACHADO, César Rossi. *Practical tips for managing arbitration*. In ALVES, Rafael; e COSTA, Mônica Mendonça. (Ed.) *CPR Corporate counsel practical guide for arbitration in Brazil*. Nova Iorque: International Institute for Conflict Prevention & Resolution, 2022, p. 70-71.

¹¹³ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do *third-party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 142-145.

¹¹⁴ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do *third-party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 131-142.

resultado da demanda para a parte adversa.

1.3.2.3 Quem pode financiar e quando

O *third-party funding* opera transnacionalmente. A cada nova transação, a cada nova demanda financiada, a indústria do financiamento por terceiros vai construindo sua própria legitimidade no cenário internacional da arbitragem. Esse fenômeno está, naturalmente, ligado a uma maior aceitação ou, dito de outra forma, à queda de restrições ao uso desta sofisticada ferramenta em diferentes etapas e níveis da estrutura de resolução de disputas em diversas jurisdições.

Essa nova mentalidade decorre não apenas de simples progresso na aceitação e uso do *third-party funding*. Isso se deve à superação de barreiras históricas que impediam novos desenvolvimentos de ocorrerem; à aceitação de sua funcionalidade como instrumento de acesso à justiça; e, ao entendimento que existe uma racionalidade econômica, uma cultura que permeiam a utilização desse sofisticado mecanismo para além dos paradigmas a ele tradicionalmente associados na realização do direito. Nas palavras de Duarte Gorjão Henriques:

Podemos considerar esses desenvolvimentos como reflexo de uma tendência em direção a um ambiente aberto. Em outras palavras, esses novos desenvolvimentos mostram que as estruturas de financiamento de terceiros estão começando a deixar uma área que era considerada restrita aos ‘membros do clube’.¹¹⁵⁻¹¹⁶

Na esfera internacional, a capacidade para atuar como financiador, profissional ou particular, dependerá essencialmente do entendimento legislativo e aprovações de caráter regulatório do mercado em questão. Evidências empíricas revelam que financiadores constituídos em empresas financeiras multinacionais podem financiar litígios e arbitragens em vários países que não tenham restrições ao uso desta sofisticada ferramenta.¹¹⁷

Em geral, há os financiadores (*funders*) cuja atividade principal é o investimento em um caso por vez (*one-off funder*), que são especializados em financiamento de demandas

¹¹⁵ Tradução livre do original em inglês: “*We might look at these developments as a reflection of a trend towards an open environment. In other words, these new developments show that third-party funding structures are starting to leave an area that was considered to be restricted to ‘club members’.*”

¹¹⁶ HENRIQUES, Duarte Gorjão. *Third-Party Funding: A Protected Investment?*. Revista do Club Español del Arbitraje, n. 30. Madrid: 2017, p. 119.

¹¹⁷ Não está dentre os propósitos deste trabalho analisar evidências e dados quantitativos do mercado de TPF que permitam determinar, com rigorismo acadêmico, o tamanho e abrangência do referido mercado.

individuais. Há também aqueles *one-off funders* que investem em múltiplas demandas, distribuídas e escalonadas no tempo. Este *funder* pode ser uma pessoa natural, uma empresa comercial, ou mesmo uma entidade de natureza financeira.

Em um contexto ainda mais profissionalizado, há os chamados financiadores institucionais (*fund raiser funders*), comumente constituídos como uma empresa especializada em *third-party funding* (uma *litigation finance house*). São investidores sofisticados que captam fundos de diversas origens, sob estruturas variadas, especializados em financiamento de *single cases* e em *portfolio financing* – que podem ser compostos por casos semelhantes, ou por uma variedade de casos de distintas matérias e/ou jurisdições. Frequentemente, como atividade adicional, os *fund raiser funders* também promovem a constituição de fundos de investimento especializados em TPF, para captação de fundos e investimento em demandas de acordo com características e estratégias de alocação de capital e distribuição de risco atribuídas pelo gestor do fundo ou do portfólio investido.

Quanto ao mercado doméstico, foi visto que, além de inexistir previsão legal impeditiva, não há regulamentação da atividade de financiamento por terceiros no Brasil. Some-se a isso, o fato que tal atividade não configura intermediação financeira de recursos, típica do mercado de crédito, mas mero investimento de risco. Não se trata, pois, de operação financeira precipuamente bancária.¹¹⁸ Portanto, prescindível de regulamentação própria.

Diante disso, entende-se que qualquer pessoa capaz – natural ou jurídica – com interesse comercial legítimo poderá realizar a operação de financiamento-investimento. É recomendável, tanto para a parte financiada, como para a higidez do processo arbitral e, em última análise, para o desenvolvimento da indústria do *third-party funding*, que seja realizada por agentes ou empresas especializados. Do ponto de vista econômico, faz sentido essa configuração profissionalizada: são financiadores–investidores que têm condições de enfrentar os elementos essenciais da operação, tanto os econômicos, quanto os jurídicos.

De um lado, não há óbice a que instituições financeiras incursionem neste mercado. De outro, financiadores institucionais e empresas especializadas não se constituem em instituições financeiras e não estão sujeitas à autorização do Banco Central para funcionamento, nem às regras da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para a operação.¹¹⁹

¹¹⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Bancos Centrais no direito comparado:** o Sistema Financeiro Nacional e o Banco Central do Brasil (o regime vigente e as propostas de reformulação). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 137-154.

¹¹⁹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Bancos Centrais no direito comparado:** o Sistema Financeiro Nacional e o Banco Central do Brasil (o regime vigente e as propostas de reformulação). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 137-154.

Situação distinta se dá quando são constituídos fundos de investimento especializados em TPF, que captam recursos de terceiros (poupança privada) no mercado financeiro para a realização de investimentos em arbitragens pela via do financiamento de terceiros. Esta era a situação peculiar dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados (FIDC-NP) que, por configurar operação própria do mercado de capitais, eram registrados junto à CVM, de acordo com a Instrução CVM nº 444/2006.¹²⁰

A publicação da Resolução CVM nº 175/2022¹²¹ – que configura o novo marco regulatório da indústria dos fundos de investimento – acabou por revogar a anterior Instrução CVM nº 444/2006. Pela nova regulamentação, os FIDC-NP deixam de existir. Entretanto, a eliminação dessa categoria de fundos de investimento não resultou na extinção da possibilidade de adquirir esse tipo de crédito, os Créditos-NP. Continua sendo permitida a aquisição desse tipo de crédito por um FIDC por meio de cotas apartadas que admitam o investimento em Créditos-NP.¹²²⁻¹²³

O financiamento–investimento pode ocorrer em qualquer estágio do processo arbitral. Idealmente, é recomendável que seja pactuado e, voluntariamente, revelado no momento inicial, antes ou no curso da estabilização da demanda. É uma maneira de evitar potenciais conflitos de interesses pela entrada do financiador após a estabilização da demanda, privilegiando o dever de revelação – da parte financiada e dos árbitros, bem como a isonomia de informações entre as partes¹²⁴ – e evitando tumultos ao processo.¹²⁵

Em alguns casos, no entanto, especialmente em litígios contratuais, o momento mais adequado poderá ser justamente após a estabilização da lide. Em que pese o risco de ruídos e

¹²⁰ Vide **Instrução CVM nº 444/2006**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst444.html>. Acesso em: 18 dez. 2022.

¹²¹ Vide **Resolução CVM nº 175/2022**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol175.html>. Acesso em: 16 out. 2023.

¹²² A Resolução entrou em vigor em 3 de abril 2023. Os fundos que estavam em funcionamento na data de início de vigência da Resolução tiveram prazo para serem adaptados às disposições da norma até 31 de dezembro de 2024, com exceção dos FIDC e FIDC-NP, cujo prazo foi alongado até 01 de abril de 2024.

¹²³ Maior detalhamento e profundidade no desenvolvimento dos temas relacionados à fundos de investimentos em litígios e arbitragens, FIDC e outras modalidades, não está dentre os propósitos deste trabalho, visto que poderiam ser objeto de trabalho próprio. Para aprofundamento, recomenda-se a leitura das seguintes publicações: (i) COSTA, Isac. Como comprar uma briga: variáveis econômicas e arranjos jurídicos para projetos de *litigation finance* no Brasil. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) **Litigation Finance e Special Situations**: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 77-90; e, (ii) DEL MONACO, Bianca Maria Fusco Galvão. **Financiamento de litígios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

¹²⁴ SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 126.

¹²⁵ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça**: o novo paradigma do *third-party funding*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 189-192.

potenciais conflitos, é neste momento em que se reduziriam assimetrias informacionais entre o financiador e as partes de uma demanda, quando os pleitos e as matérias de defesa estarão colocados, não se admitindo, salvo exceções, alterações subjetivas ou objetivas na demanda que possam impactar o financiamento.¹²⁶

1.3.2.4 A posição das partes no acordo de financiamento típico

1.3.2.4.1 A perspectiva do financiador

O papel do financiador no *third-party funding* é, como a própria denominação já indica, de terceiro ao processo. Terceiro é, geralmente, um conceito negativo ou excludente – aquele que não é parte. Por esse raciocínio, é um estranho ao processo arbitral. Como tal, não deve assumir nenhuma das posições de parte substancial (parte em sentido material), nem de parte processual (parte em sentido formal), sendo-lhe vedada a capacidade postulatória.

A perspectiva do financiador também está relacionada às formas de enquadramento jurídico do acordo de financiamento típico anteriormente apresentadas. Em quaisquer dos modelos, ao financiador não se transfere a obrigação jurídica subjacente. Não adquire a titularidade da relação jurídica de direito material e não participa da relação processual com a parte adversa. O financiador-investidor terá direito aos créditos em disputa com o implemento da condição resolutiva ao término do processo arbitral.

Vinícius Eduardo Pereira dos Santos comenta que:

(...) é possível interpretar o terceiro financiador de litígios como um sujeito oculto à relação processual existente entre as partes (autor e réu); tal fato, todavia, não retira a necessidade de que sua participação seja revelada à parte adversa e aos julgadores (dever de revelação), de forma a permitir a compreensão da lide e de seus exatos contornos.¹²⁷

É preciso que, na prática, efetivamente como terceiro permaneça o financiador. Ainda que seja inegável que exerça influência estratégica e financeira (por razões óbvias, diante do capital empregado) diretamente sobre a parte financiada, é difícil afastar o fato que sua atuação

¹²⁶ CASTRO, João Mendes de Oliveira. O financiamento de litígios no sistema de solução de controvérsias. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) *Litigation Finance e Special Situations*: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 28-29.

¹²⁷ SANTOS, Vinícius Eduardo Pereira dos. **Financiamento de litígios por terceiros: *third-party funding* como incentivo ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 79-80.

não terá desdobramentos que podem impactar e dimensionar o andamento de uma arbitragem.

Diante disso, a presença efetiva desse sujeito oculto levanta discussões sobre temas importantes para a higidez do processo arbitral. Especialmente questões relacionadas aos limites da atuação do financiador na tomada de decisões pelo financiado, suas eventuais responsabilidades perante a parte adversa – notadamente quanto à capacidade de pagamento de custos adversos (*adverse costs*)¹²⁸, bem como a capacidade de contratação de garantias para o pagamento de custos (*security for costs*)¹²⁹ – conflitos de interesse, dever de revelação – ou mesmo de eventual não revelação – e o compartilhamento de informações sigilosas do processo arbitral entre o financiado, seu advogado e o financiador.¹³⁰

De fato, entende-se que o *funder* não pode impor sua vontade sobre o financiado. Por maior que seja a experiência e o conhecimento jurídico acumulados pelo *funder*, o financiado deve permanecer com sua autoridade para a condução do processo e para uma decisão definitiva, seja em relação à opção por um acordo ou por aguardar a sentença final. Todavia, não se pode olvidar que o *funder* acabe por participar minimamente do processo decisório, notadamente em relação à estratégia jurídica adotada pelo financiado e seus advogados, bem como seja atualizado regularmente do caso.¹³¹

Ao investir no financiamento de uma demanda, o financiador considera vários fatores, como a probabilidade de sucesso, o valor em disputa e o valor do investimento, os custos e despesas envolvidos, o prazo de recuperação do capital empregado; o mérito, a viabilidade

¹²⁸ *Adverse costs* deve ser entendido como os custos da parte vencedora passíveis de serem recuperados da parte perdedora, tais como possíveis verbas de sucumbência, quando admitido for no processo arbitral. A cobertura dos *adverse costs* pode ser negociada com o financiador e, idealmente, prevista no contrato de TPF. Em princípio, ressalte-se, entende-se que o financiador não deveria ser responsabilizado pelos *adverse costs* perante a contraparte, visto que ele próprio não deve ser considerado como parte processual. Sua obrigação financeira é com a parte financiada, esta sim, responsável por tais custos. Por isso, é recomendável a sua negociação e eventual contratação no financiamento.

¹²⁹ *Security for costs* ou *security for claim* devem ser entendidos como garantias de custas. São medidas de cautela provisória, que podem ser requeridas a uma das partes pelo tribunal arbitral, quando há a preocupação de que tal parte não disponha de recursos financeiros suficientes para pagar custos e despesas do processo, ou verbas de sucumbência. Esta preocupação passa a ter maior relevância, notadamente, diante da constatação que a parte financiada tenha recorrido ao TPF devido a alguma condição de iliquidez ou impecuniosidade. A cobertura dos *security for costs* pode ser negociada com o financiador e, idealmente, prevista no contrato de TPF. Em princípio, ressalte-se, entende-se que o financiador não deveria ser responsabilizado pelos *security for costs* perante a contraparte, visto que ele próprio não deve ser considerado como parte processual. Sua obrigação financeira é com a parte financiada, esta sim, responsável por tal garantia. Por isso, é recomendável a sua negociação e eventual contratação no financiamento.

¹³⁰ Em que pese a relevância desses e de tantos outros importantes desdobramentos, este trabalho limita-se apenas a identificá-los, pois escapam dos propósitos aqui pretendidos. Diante dos objetivos deste trabalho, qualquer esforço para seu detalhamento seria ineficaz e, certamente, escapariam importantes pontos e discussões que, seguramente, poderiam ser objeto de trabalho próprio com o merecido aprofundamento.

¹³¹ DEL MONACO, Bianca Maria Fusco Galvão. **Financiamento de litígios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 137-138.

legal da causa e a probabilidade de sucesso; o contexto do negócio, a lei aplicável, bem como se há a presença de algum elemento de estraneidade – especialmente nas arbitragens internacionais e/ou transnacionais – e quem são os advogados do financiado.

Na prática de mercado, uma *due diligence* é realizada pelo *funder* tanto sobre a demanda em si, quanto sobre a parte que busca o financiamento (*background check*). São verificadas as razões do financiado para a contratação do financiamento – iliquidez e impecuniosidade, ou liquidez e uso como estratégia econômico-financeira de alocação de riscos e recursos; a capacidade de pagamento de *adverse costs* e da contratação de *security for costs* – se assim exigido pelo tribunal arbitral para assegurar à contraparte o ressarcimento dos custos em caso de sagrar-se vencedora. Análises de *compliance* e lavagem de capitais (*money laundering*) também devem ser realizadas.

Em termos de viabilidade econômica, é também verificada a saúde financeira da contraparte em uma análise de crédito. É, especialmente, avaliada a capacidade de pagamento e solvência da contraparte, notadamente com relação ao risco de cobrança e a disponibilidade de bens passíveis de penhora para o caso de uma eventual execução forçada de sentença. O financiador precisa assegurar-se da capacidade de executar a decisão arbitral (*enforcement rights*) que lhe permita o recebimento do valor em disputa, acrescido de custos, caso a parte financiada saia vencedora. Conhecer quem são os advogados que representam a contraparte também tem um papel crucial nas métricas adotadas no cálculo feito pelo *funder*.

Em um esforço de categorização, a partir de uma visão empírica de mercado, tendo em vista que o valor a ser recuperado pelo financiador depende do sucesso da demanda em arbitragem, uma *due diligence* avaliará, dentre outros pontos:¹³²

(i) as necessidades de capital no caso: necessário orçamento detalhado para definir o valor da solicitação de financiamento e os propósitos de sua utilização;

(ii) os pontos fortes e riscos associados ao caso e a estratégia legal contemplada: importante a elaboração de um memorando descrevendo os principais fatos, reivindicações, a estratégia legal proposta, suporte documental e legal, decisões proferidas no caso, jurisprudência, danos esperados e risco de crédito;

(iii) recuperações realistas de valores e expectativas de acordo: análise crítica de danos envolvidos, custos irrecuperáveis, moeda, câmbio; e das expectativas em relação à possibilidade de acordo em arbitragem para avaliar o potencial de recuperações realistas

¹³² LESPÉRANCE, Annie; RAZ, Daniela; e GOÑI, Leticia. *The state of dispute funding in Latin America*. In ASTIGARRAGA, José. (Ed.) *The guide to arbitration in Latin America*. Londres: Law Business Research, 2022, p. 134-139.

dentro de uma proporção saudável entre o valor do financiamento e as recuperações esperadas para que, após o financiador receber seu retorno, a parte financiada receba a parcela mais significativa dos valores a serem recuperados;¹³³

(iv) o tempo necessário para alcançar essas recuperações: avaliação da duração esperada da arbitragem e risco de aumento da duração em caso de contestações judiciais, bifurcação do processo arbitral, procedimentos de execução e para eventual anulação, pois a longa duração afetará as métricas do cálculo de retorno do investidor;

(v) a capacidade de pagamento da parte adversa, risco de crédito associado e execução: definição de estratégia para o caso de ser necessário cobrar da parte adversa o pagamento da condenação arbitral ou mesmo ajuizar ação de cumprimento de sentença, avaliando a capacidade de pagamento e o histórico da parte adversa; e,

(vi) as partes envolvidas na arbitragem, incluindo a parte financiada, o advogado e o árbitro: análise da situação financeira da parte financiada, avaliação do histórico e experiência do advogado, bem como da experiência e reputação dos árbitros, além da competência, histórico e volume de casos da instituição arbitral responsável pela administração do processo arbitral.

Os critérios de seleção aplicados pelo *funder* para investimento em um caso a ser financiado buscam maximizar uma chance relativamente confortável de resultado. Em outras palavras, como dito por Swargodeep Sarkar, “os financiadores geralmente exigem uma boa perspectiva de sucesso.”¹³⁴⁻¹³⁵

Dito de outra maneira, sob uma perspectiva de avaliação de riscos, buscam minimizar o risco de insucesso e assegurar um retorno mínimo aceitável. A aprovação de uma oportunidade de investimento, geralmente, será obtida do conselho ou de um comitê de investimentos do financiador.

O *funder* têm interesse financeiro no caso. “O financiador não investe por amor, afeição ou como filantropo, mas sim para gerar riqueza, pois é assim que o negócio se faz”,

¹³³ Financiadores com visão de longo prazo reconhecem que a sustentabilidade da indústria de financiamento de disputas exige que a parte financiada tenha experiências positivas com o financiamento. Mesmo os casos que são fortes no mérito podem ser inadequados para financiamento se não houver 'espaço' suficiente no caso para a parte financiada receber recuperações significativas de valores. Ver LESPÉRANCE, Annie; RAZ, Daniela; e GOÑI, Leticia. *The state of dispute funding in Latin America*. In ASTIGARRAGA, José. (Ed.) *The guide to arbitration in Latin America*. Londres: Law Business Research, 2022, p. 138.

¹³⁴ Tradução livre do original em inglês: “*In other words funders generally require a good prospect of success.*”

¹³⁵ SARKAR, Swargodeep. *Third-Party Funding in International Arbitration: New Challenges and Global Trends*. *International Journal of Legal Science and Innovation*, vol. 2, issue 3. India: 2020, p. 272.

como dizem Shantanu Pachahara e Vikas Gandhi.¹³⁶⁻¹³⁷

1.3.2.4.2 A perspectiva do financiado

A parte financiada é, como a própria denominação já indica, parte no processo arbitral. Por esse raciocínio, geralmente, verifica-se que assume as posições coincidentes de parte substancial e parte processual. É, pois, respectivamente sujeito da lide e sujeito da ação.¹³⁸

A perspectiva do financiado também está relacionada às formas de enquadramento jurídico do acordo de financiamento típico anteriormente apresentadas. Em quaisquer dos modelos, a parte financiada retém a obrigação jurídica subjacente. Mantém a titularidade da relação jurídica de direito material, bem como a relação processual com a parte adversa, diretamente envolvido no processo e no contraditório. O financiado-investido permanece na propriedade dos créditos em disputa, com a condição resolutive de, ao término do processo arbitral, cedê-los ao investidor.

Em sua configuração mais usual, o financiado estará no polo ativo da demanda. O uso do *third-party funding* por parte do polo passivo é mais raro. Todavia, nada impede que ambos os polos o utilizem. Bianca Maria Fusco Galvão Del Monaco comenta que “casos nos quais o réu possua seguro de responsabilidade civil profissional contra diretores e altos executivos que envolvam negligência profissional também têm sido de interesse de *funders*.”¹³⁹

O financiado pode ser um indivíduo, uma classe em ação coletiva, uma empresa, uma corporação, uma organização não-governamental, um órgão de governo, entidades estatais, um Estado. Qualquer que seja o grau de sofisticação do financiado, terá uma obrigação de

¹³⁶ Tradução livre do original em inglês: “*The funder does not invest out of love or affection or as a philanthropist but for the generation of wealth, as that is the way the cookie crumbles.*” Apesar da pertinente frase, em sua publicação, os autores expressam sua opinião que a celebração de um acordo pelo financiador com a parte em uma arbitragem pode ser considerada um mau presságio para o processo arbitral e para a exequibilidade da sentença arbitral, devido aos riscos inerentes aos acordos de TPF. Neste trabalho defende-se uma concepção totalmente oposta. Considera-se o *third-party funding* como um sofisticado mecanismo à disposição de contadores de alto nível, que opera em benefício da garantia de fundamentais princípios – como o acesso à justiça, *pacta sunt servanda* (para a preservação da convenção arbitral em caso de impecuniosidade de uma das partes) isonomia e paridade de armas (*level the playing field*) – no processo arbitral. Mais ainda, defende-se o TPF como mecanismo de viabilidade econômica da arbitragem e reflexo de uma cultura própria.

¹³⁷ PACHAHARA, Shantanu; e GANDHI, Vikas. *Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: It is About Time for Regulations*. *Conflict Studies Quarterly*, issue 41. Gujarat, India: 2022, p. 64.

¹³⁸ Salvo quando se configuram situações de legitimidade extraordinária, quando há descoincidência entre a titularidade da lide e a legitimidade processual.

¹³⁹ DEL MONACO, Bianca Maria Fusco Galvão. **Financiamento de litígios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 30.

cooperação com o financiador.

O financiado deverá estar preparado para apresentar seu caso ao financiador com a riqueza de detalhes exigida na *due diligence* a ser realizada pelo *funder*. Mais ainda, deverá suportar seus próprios custos incorridos ao preparar o caso para apresentação a um financiador. Esse custo, que poderá ser substancial, será desperdiçado se o pedido de financiamento não for bem-sucedido. Mesmo que seja bem-sucedido, os financiadores não são responsáveis por quaisquer custos incorridos antes da implementação do acordo de financiamento, incluindo os custos de negociação dos próprios acordos de financiamento.¹⁴⁰

Da mesma forma que os financiadores, o financiado deve realizar um processo meticuloso de *due diligence* em relação ao financiador. Antes de celebrar o acordo de financiamento, o financiado deve conhecer a saúde financeira, histórico de transações, experiência e competência do financiador.¹⁴¹ O entendimento de barreiras linguísticas, realidades econômicas, políticas e culturais que podem ter impacto no curso de uma disputa também são bastante relevantes. Temas de *compliance*, origem dos fundos do financiador e *money laundering* também devem ser contemplados na análise.

“A seleção cuidadosa de um financiador que entenda as necessidades e preocupações da parte financiada é tão importante quanto ter a representação legal e os especialistas certos em um caso”, é o que asseveram Annie Lespérance, Daniela Raz e Leticia Goñi.¹⁴²⁻¹⁴³ Selecionar um financiador com solidez financeira para se adaptar a imprevistos, que podem alterar o orçamento inicial, é vital para garantir que o curso de ação apropriado seja tomado.

Tal como o financiador, o financiado também tem seus próprios critérios ao buscar um financiamento. Seja quando necessário para suprir uma condição de iliquidez ou impecuniosidade; seja como estratégia econômico-financeira de diluição ou repartição de riscos e alocação de recursos próprios. Adotando-se uma abordagem holística, baseada na análise da substância econômica de uma operação de financiamento-investimento, para o financiado, o valor recebido em uma operação de TPF pode gerar um valor econômico em seu fluxo de caixa e operações, ainda mais em casos de liquidez.

¹⁴⁰ KADARISMAN, Abimanyu. *Disclosure of Third-Party Funding Arrangements and the Existence of Third-Party Funders in International Investment Arbitration*. *Indonesian Journal of International Law*: vol. 17, n. 1, article 5. Indonesia: 2019, p. 102-103.

¹⁴¹ DE BOULLE, Thibault. *“Third-Party Funding” in International Commercial Arbitration*. *Master thesis of the education ‘Master of Laws’*. Faculty of Law, Universiteit Gent – Gent, Bélgica: 2013-14, p. 44-46.

¹⁴² Tradução livre do original em inglês: “*The careful selection of a funder who understands the claimant’s needs and concerns is as important as having the right legal representation and experts in a case.*”

¹⁴³ LESPÉRANCE, Annie; RAZ, Daniela; e GOÑI, Leticia. *The state of dispute funding in Latin America*. In ASTIGARRAGA, José. (Ed.) *The guide to arbitration in Latin America*. Londres: Law Business Research, 2022, p. 134.

Sob uma perspectiva de avaliação de risco e retorno, o financiado busca minimizar o risco de insucesso de uma demanda e de consequente dreno de recursos em caso de autofinanciamento ou de uso de outras fontes tradicionais de crédito. Dito de outra maneira, busca maximizar a composição da alocação de recursos próprios e de terceiros visando assegurar um retorno mínimo aceitável em uma demanda.¹⁴⁴ A aprovação de um financiamento, geralmente, será obtida do conselho de administração, de um comitê, ou da diretoria da empresa financiada, com suporte conjunto de seu departamento jurídico e da área financeira.

Mais uma vez, tal como o financiador, o financiado também tem interesse financeiro no caso. Parafraseando os antes mencionados autores Shantanu Pachahara e Vikas Gandhi, salvo nos casos de impecuniosidade, o financiado não buscará o *third-party funding* por amor ou afeição, mas sim para gerar riqueza, pois é assim que o negócio se faz.

¹⁴⁴ Exceção feita aos casos de impecuniosidade, quando o financiamento poderá ser o único recurso para acesso à jurisdição e, assim, assegurar a defesa dos interesses do financiado.

2. Capítulo 2: História, acesso à justiça e cultura

O Capítulo 1 deste trabalho apresentou e contextualizou o financiamento da arbitragem por terceiros. A partir de um olhar ampliado, o fenômeno foi visto inserido em um mercado de investimentos em ativos alternativos, de alto risco e retorno financeiro e de sofisticada complexidade jurídica.

Seguindo o propósito definido nos objetivos pretendidos por este trabalho, faz-se importante adentrar, neste Capítulo 2, em alguns pontos históricos que antecederam e pavimentaram o caminho para o atual desenvolvimento do *third-party funding*. Pelas lentes da História, pretende-se demonstrar como foram forjados os principais conceitos jurídicos referentes a esse mecanismo nascido no seio do mercado internacional.

Em seguida, ao se revisitar o basilar e inquestionável tema do acesso à justiça, buscase evidenciar qual sua principal acepção e objetivo no contexto do financiamento da arbitragem por terceiros. Ao fechar este Capítulo 2, a partir das lentes da Filosofia e da Sociologia, concentra-se em estudar os conceitos e manifestações da cultura e o seu correspondente reflexo na civilização como prisma para a subsequente abordagem do *third-party funding* para além do acesso à justiça – sob o viés da economia e paradigma da cultura.

2.1 Perspectiva histórico-econômica do Comércio Internacional

Dentre as civilizações ocidentais, é na Grécia que se encontra o embrião do comércio internacional e das navegações para as trocas comerciais como hoje as conhecemos. Um dos principais legados dos gregos, sob a perspectiva comercialista de Maria Eugênia Finkelstein, consiste nos institutos do empréstimo a risco.¹⁴⁵

Estipulações econômicas passaram a ocupar posições em tratados de paz e aliança, dando lugar a tratados especiais, verdadeiros tratados de comércio. Ainda que sem a fixidez de um corpo normativo, mesmo na ausência de cláusulas formais, foi gestado um *jus commercii*

¹⁴⁵ Com relação à importância de Roma, um paralelo pode ser feito com os institutos do empréstimo a risco dos gregos – a autora comenta que em Roma se pode vislumbrar a atividade dos primitivos banqueiros (*argentarii*). Ver FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Manual de Direito Empresarial**. 8.ed. rev., ampl. e ref. São Paulo: Atlas, 2016, p. 4, em notas de rodapé 12 e 13.

de direito comum.¹⁴⁶

Ações aculturadoras e civilizatórias como efeito de atividades de comércio lá gestadas, que se desenvolveram no período romano, ao longo do medievo e da modernidade, seguem em franco desenvolvimento. E, assim seguirão – como o inevitável balanço de um pêndulo, ora para um lado, ora para outro – na modernidade imediata, líquida e dinâmica que os atuais tempos permitem experimentar, com suas diferenças, adaptações, avanços e inovações.

Berço inicial das navegações, foi sucedido pelo período das chamadas grandes navegações da época dos descobrimentos de novas terras e colonização europeia pelo mundo. A conquista territorial, a manutenção e a expansão das fronteiras estavam entre as urgências mais prementes.

Os indistintos atos e ações de aparente escopo de expansão dos domínios, fronteiras e soberania europeias, encerravam, também, objetivo de expansão de suas fronteiras comerciais. Os espaços vazios no globo eram um convite, um desafio à ação de preenchê-los e uma censura à inação – viabilizar trocas, aumentar riqueza e poder era o objetivo.

Era imperioso para a sobrevivência e para os projetos de expansão, de um lado, o alargamento dos mercados fornecedores de matérias-primas e, de outro, o dos mercados consumidores. Em palavras conclusivas, Márcio Pugliesi afirma que por força das grandes navegações há uma expansão marítima e colonial que trará aportes externos à economia com o comércio internacional.¹⁴⁷

Consequência natural direta decorrente do alto custo de tais empreendimentos foi a necessidade de financiamento das navegações ao Oriente e ao Ocidente (quando vistas sob uma perspectiva eurocêntrica). E, corolário indireto, a necessidade de financiamento do comércio internacional, à época, pelos detentores do capital. Tenham sido operados os financiamentos por Coroas, senhores feudais, corporações (incluindo as de ofício), empreendedores, fato é que o desenvolvimento do comércio internacional foi financiado por maciço investimento de capitais.

O financiamento, portanto, sob uma perspectiva econômica, é, conjuntamente com o investimento, elemento natural de um ciclo econômico virtuoso. É o fenômeno pelo qual o capital é utilizado para gerar mais capital. A atividade comercial era a única possibilidade de investimento em tempos em que a Igreja exercia a interdição de empréstimos remunerados

¹⁴⁶ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito**: uma abordagem sistêmico-construcionista. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 305-306.

¹⁴⁷ PUGLIESI, Márcio. **Filosofia e Direito**: uma abordagem sistêmico-construcionista. Tomo 1:Tomo 2. São Paulo: Aquariana, 2021, p. 53.

com juros: o capitalista poderia participar de parcela dos resultados decorrentes de seu empréstimo¹⁴⁸ a terceiro¹⁴⁹.

No contexto desta mesma perspectiva histórica, considerando que a emergência do Direito Internacional deveria remontar a 1492 – e não a 1648 (Paz de Vestfália) – Thomas Vesting comenta o pensamento de Carl Schmitt, para quem as práticas do Direito Internacional são baseadas em um conceito de cultura que não pode ser desvinculado da expansão europeia em territórios ultramarinos e do colonialismo.¹⁵⁰ Desde quando o solo passou a preponderar sobre o sangue, portanto, foram lançadas as bases de uma ordem legislada quantos aos direitos e deveres dos cidadãos. “O desenvolvimento das leis, o progresso cultural e o avanço da civilização estavam intimamente ligados à evolução e ao aperfeiçoamento das relações homem-terra ao longo do tempo e do espaço”, segundo Jim MacLaughlin.¹⁵¹

Decorrência natural foi a regulação do Comércio Internacional pelo Direito Internacional do Comércio. De igual maneira, naquela mesma época também se encontram fundamentos da arbitragem e do financiamento de litígios e disputas por terceiros.

Hoje, vê-se certo alvoroço no mercado quanto ao novel mecanismo de financiamento de disputas (da arbitragem, no caso deste trabalho) por terceiros. Diga-se, a bem da verdade, não tão novel, diante de sua fundamentação histórica e de uma nova mentalidade, em recentes anos, evidenciada pelo progresso em sua aceitação e consequente construção de legitimidade no cenário internacional da arbitragem.

É de importante valia voltar o olhar ao passado e entender de onde viemos. Permitirá (re)pensar a aplicação de tal sofisticado mecanismo no contexto de evolução cultural, para além dos paradigmas a ele tradicionalmente associados. A partir de uma lógica de mercado e de racionalidade econômica que melhor sirva ao direito e à economia das partes envolvidas, servir não só como instrumento de garantia de acesso à justiça, bem como instrumento de financiamento da atividade empresarial. Em especial, na ainda incipiente realidade do caso brasileiro quando confrontado com os desenvolvimentos e aplicação do *third-party funding* em âmbito internacional.

¹⁴⁸ Entenda-se, por empréstimo, a atividade de financiamento.

¹⁴⁹ PUGLIESI, Márcio. **Filosofia e Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. Tomo 1:Tomo 2. São Paulo: Aquariana, 2021, p. 53.

¹⁵⁰ Ver comentário de Thomas Vesting ao apresentar a obra de Ricardo Campos, em: CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 26.

¹⁵¹ MACLAUGHLIN, Jim. *Nation-building, social closure and anti-traveller racism in Ireland*. *Sociology*, vol. 33, fev 1999, p.129-151.

2.2 Perspectiva histórica do financiamento internacional de demandas por terceiros

Enquanto o exercício de uma regressão histórica leva à Grécia e Roma os primórdios do Comércio Internacional, do Direito Internacional Privado e do Comércio e, da arbitragem, paralelo não pode ser feito especificamente quanto ao *third-party funding*. Ainda que parte da doutrina mais abalizada, invariavelmente, faça tal paralelo, há consistentes outros fundamentos dissonantes. Marcel Carvalho Engholm Cardoso assevera que “com efeito, nada há na doutrina para indicar que existia, já na Grécia e Roma, figura semelhante ao financiamento de litígios por terceiros que conhecemos hoje.”¹⁵²

Se há alguma pertinência em olhar para gregos e romanos, especificamente neste ponto, esta seria para conhecer argumentos de ordem ética, os quais, ainda hoje, fazem-se presentes e devem ser considerados para evitar abusos no uso do financiamento de litígios por terceiros.¹⁵³ Da época, é possível vislumbrar alguns ideais, tais como desencorajar demandas frívolas e aventuras jurídicas sem fundamento. Também, evitar o desvirtuamento do processo pela participação de terceiros sem interesse legítimo em processos alheios. Finalmente, mas de maneira não exaustiva, impedir que a força do poder econômico exerça efeitos nefastos em demandas tanto por motivos políticos quanto meramente financeiros.

São os imperativos de ordem ética justamente o traço que conecta Grécia e Roma à Inglaterra feudal, séculos mais tarde, esta sim, berço do financiamento de litígios por terceiros.¹⁵⁴ Foi a partir da evolução do complexo sistema judiciário britânico – que acabou por tornar oneroso o acesso à justiça por esta via – que o direito inglês viu surgir o patrocínio de causas como embrião do financiamento da resolução de conflitos.

Como exemplo, o patrocínio do senhor feudal ao vassalo litigante em demandas envolvendo terras em feudo vizinho. Em contrapartida ao recebimento de parcela da terra em disputa, ou mesmo da terra do financiado, restava evidenciado seu claro interesse na expansão dos domínios do seu feudo pela aquisição de terras a baixo custo como resultado do patrocínio, o que acabava por aumentar seu poder em detrimento dos demais senhores de outros feudos. Os senhores feudais subsidiavam os litígios de seus súditos tanto por esporte quanto por lucro, financiando processos contra seus inimigos como uma forma de guerra privada para enfraquecer os cofres de seus oponentes.¹⁵⁵

¹⁵² CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. **Arbitragem e financiamento por terceiros**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 17.

¹⁵³ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. **Arbitragem e financiamento por terceiros**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 18.

¹⁵⁴ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. **Arbitragem e financiamento por terceiros**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 19-21.

¹⁵⁵ BURKE, Cassandra. *The Impact of Third-Party Financing on Transnational Litigation. Case Western*

Consequência natural, ao longo do tempo, foi a disseminação do mecanismo do financiamento de litígios para outras jurisdições dentre os países de tradição jurídica comum (*Common Law*), a partir do Império Britânico, notadamente, o atual Reino Unido, Estados Unidos e Austrália. Não obstante, pondera Napoleão Casado Filho, durante um bom tempo, tal ideia nascida no seio da *Common Law* “teve que conviver com alguns princípios daquele sistema que praticamente impediam seu desenvolvimento.”¹⁵⁶

No sistema da *Common Law*, duas doutrinas distintas, porém, intimamente relacionadas, consistiam nos principais imperativos éticos considerados para evitar abusos no uso do *third-party funding: maintenance* e *champerty*. A prática consistente e continuada de ambas era chamada de *barratry*.¹⁵⁷

Maintenance significa ajudar outra pessoa a perseguir uma demanda. Ocorre quando a demanda é financiada por uma pessoa que não tem nenhum relacionamento preexistente com o caso. É o ato de prestar assistência financeira a uma parte litigante, sem que o financiador tenha interesse na reivindicação em si.¹⁵⁸ O financiamento é concedido, portanto, sem conexão ou interesse direto e legítimo do financiador no caso em si.

Champerty significa manter uma demanda em troca de um interesse financeiro no resultado. Ocorre quando a *maintenance* foi realizada com fins lucrativos. É o ato de prestar assistência financeira a uma parte litigante, no qual o financiador tem interesse financeiro direto no resultado da reivindicação, ou seja, o financiador receberá uma parte dos resultados se a reivindicação for bem-sucedida.¹⁵⁹ É, essencialmente, uma forma agravada de *maintenance*, sendo o financiamento concedido, portanto, em razão do interesse direto do financiador no resultado do caso – ao assumir os custos do litígio, há expectativa de retorno financeiro ao financiador; é o patrocínio de demanda por uma parcela dos recebíveis.¹⁶⁰

Reserve University, *School of Law Scholarly Commons, Faculty Publications*, vol. 44. Ohio: 2011, p. 164.

¹⁵⁶ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do *third-party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 142-143.

¹⁵⁷ AMERICAN BAR ASSOCIATION, *COMMISSION ON ETHICS 20/20. Information Report to the House of Delegates*. Estados Unidos: White Paper, 9, 2011.

¹⁵⁸ MONTPETIT, Elizabeth. *The Economics of International Arbitration and Third-Party Funding: What It Is, What It Might Be, and What It Should Be*. In FULLELOVE, Gregory Roy; HAMZI, Laila; et al. (eds) **International Arbitration in England: Perspectives in Times of Change**. – Kluwer Law International, 2022, p. 215-242.

¹⁵⁹ MONTPETIT, Elizabeth. *The Economics of International Arbitration and Third-Party Funding: What It Is, What It Might Be, and What It Should Be*. In FULLELOVE, Gregory Roy; HAMZI, Laila; et al. (eds) **International Arbitration in England: Perspectives in Times of Change**. – Kluwer Law International, 2022, p. 215-242.

¹⁶⁰ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do *third-party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 142-145.; e CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. **Arbitragem e financiamento por terceiros**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 19-25.

À época, diante do propósito de evitar a influência dos senhores feudais no julgamento das demandas, *maintenance* e *champerty* acabaram sendo consideradas práticas eticamente questionáveis. Por colidirem com princípios como o da ordem pública (*public policy*), resultaram proibidas ao longo do século XIX e até meados do século XX nos países de *Common Law*. O resultado acabou por impactar (e inviabilizar) o financiamento por terceiros por largo tempo ao redor do mundo.

Foi somente na segunda metade do século XX que, após a descriminalização de ambas as práticas, viu-se renascer o financiamento por terceiros e seu consequente desenvolvimento em caráter profissional e de mercado. Inobstante, algumas jurisdições ainda preveem a proibição das práticas *maintenance* e *champerty* caso mostrem-se limitantes da autonomia do financiado ou em caso de controle excessivo do financiador sobre a demanda. Podem, inclusive, levar à invalidação dos acordos de financiamento sendo, como tal, considerada violação da ordem pública.

A retomada deu-se, especialmente, após o ano 2006, quando decisão da *High Court* da Austrália passou a permitir o *third-party funding* com contornos próximos aos atuais.¹⁶¹ Desde então, o *third-party funding* se expandiu não só nos países de tradição jurídica comum, como também passou a encontrar terreno fértil nos países de tradição jurídica civilista (*Civil Law*) – nos quais a ausência das doutrinas anglo-saxônicas permitiu um desembarque suave do fenômeno, já se admitindo o investimento em demandas com fins lucrativos.

Nas palavras conclusivas do *Lord Justice Neuberger*, Presidente da Suprema Corte Inglesa, em 2013:

A lógica da ordem pública em relação à *maintenance* e *champerty* deu uma reviravolta. Originalmente, sua proibição era justificável como um meio de ajudar a garantir o desenvolvimento de uma sociedade inclusiva e pluralista, regida pelo Estado de Direito. Agora (...) o exato inverso da proibição é justificado pela mesma razão. O argumento (...) parece apoiar positivamente o desenvolvimento do financiamento de litígios como meio de garantir o acesso efetivo à justiça.¹⁶²⁻¹⁶³

Atualmente, considerado como mecanismo de interesse jurídico-financeiro legítimo –

¹⁶¹ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. **Arbitragem e financiamento por terceiros**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 26.

¹⁶² Tradução livre do original em inglês: “*The public policy rationale regarding maintenance and champerty has turned full circle. Originally their prohibition was justifiable as a means to help secure the development of an inclusive, pluralist society governed by the rule of law. Now (...) the exact reverse of the prohibition is justified for the same reason. The argument (...) appears positively to support the development of litigation funding as a means of securing effective access to justice.*”

¹⁶³ NEUBERGER, David. **From Barretrie, Maintenance and Champerty to Litigation Funding**. *Harbour Litigation Funding First Annual Lecture* 8 May 2013, p. 20-21.

na esfera judicial e, notadamente, na arbitral – passou a experimentar exponencial crescimento internacional ao longo dos últimos pouco mais de dezenove anos.¹⁶⁴ O Brasil, felizmente, está inserido nesse contexto e demonstra esforço em progredir na aceitação e uso desse sofisticado mecanismo seja no âmbito doméstico, seja em seu papel no cenário internacional da arbitragem.

2.3 Acesso à justiça

Acesso à justiça é tema de complexa definição e abordagem.¹⁶⁵ De importância basilar e inquestionável, revisitar seu caráter e implicações deve ser enfrentado diante de sua relevância para o tema do financiamento da arbitragem por terceiros.

O acesso à justiça pressupõe a existência de um conflito prévio entre partes envolvidas em alguma situação. Tal desacordo, divergência de perspectivas, incompatibilidade de objetivos acaba por gerar tensão entre as partes que podem não conseguir resolvê-la por si próprias em determinada interação.

O Direito brinda às partes pelo menos dois mecanismos para resolver, para compor uma situação conflitiva instalada. A autocomposição e a heterocomposição.

Pela autocomposição, as partes, por si próprias, com ou sem a intervenção de terceiro facilitador, solucionam a demanda. São os casos da negociação, da conciliação e da mediação. Já na heterocomposição, as partes entregam a um terceiro julgador a solução imparcial da demanda. São os casos da adjudicação, do processo judicial e da arbitragem.

A forma como o conflito será enfrentado acabará por determinar o alcance e as consequências que resultarão da divergência. Diante disso, o acesso à justiça poderá ser o

¹⁶⁴ Dezenove anos que, em termos de desenvolvimento e consolidação de cultura e prática jurídicas, consiste em lapso temporal curto, mesmo em âmbito internacional. Se ainda não se pode expressar a maioria e maturidade do instituto em âmbito doméstico, se pode vislumbrar francas possibilidades de seu desenvolvimento e maturação nos próximos anos.

¹⁶⁵ Tema que seria, inclusive, merecedor de trabalho próprio, para ser detalhadamente abordado sob as óticas do Direito, da Filosofia e Sociologia Jurídicas. Ainda assim, importante manifestar o entendimento que o acesso à justiça pressupõe a existência de uma condição precedente, qual seja, a existência da própria justiça. Sem qualquer pretensão de aventurar-se na conceituação de justiça, tampouco de se penetrar no tema, o propósito é provocar uma reflexão na leitura desta seção sobre o acesso à justiça e a justiça que, portanto, se busca acessar. Assim, adota-se, neste trabalho, a concepção de Emmanuel Lévinas, para quem o traço indelével de toda justiça é a insatisfação consigo mesma; razão pela qual a justiça significa constante revisão da justiça, na expectativa de uma melhor justiça. Também, a concepção de Ernst Bloch, para quem a justiça, poder-se-ia dizer, deve existir perpetuamente em uma condição de amadurecimento, de ainda não amadurecida (*noch nicht geworden*), impondo-se sempre padrões mais elevados do que os até então já praticados. A justiça parece ser, nesse sentido, a conformação de um movimento, não somente um objetivo no cômputo final. Ver BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**; tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022, p. 77-105.

único caminho para enfrentar e solucionar o conflito.

Caso seja gerenciado de forma correta, fazendo uso de mecanismo adequado para sua solução, o resultado do conflito será benéfico. Observado positivamente, o conflito pode constituir-se em uma possibilidade de transformação pela qual as divergências não seriam vistas como ameaças, mas como algo natural da condição social a ser enfrentado.¹⁶⁶

Ao contrário, caso seja tratado inadequadamente, poderá significar o caos.¹⁶⁷ Nessa linha de raciocínio, a existência de barreiras de difícil transposição e a consequente falta de acesso à justiça poderá significar esse caos. Especialmente, em se tratando da existência de uma cultura jurídica litigante que, via de regra, promove o acesso à justiça como via de resolução heterocompositiva de conflitos.

A noção do direito de acesso à justiça – e a correspondente proibição da negação de justiça – é reconhecida em vários instrumentos jurídicos internacionais. Alguns exemplos são: a norma aplicável às desapropriações no Tratado da Carta da Energia (*Energy Charter Treaty*)¹⁶⁸; o direito a um recurso efetivo e a um julgamento justo, reconhecidos como direito humano fundamental na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (*EU Charter of Fundamental Rights*)¹⁶⁹; o próprio direito de acesso à justiça, consagrado na Convenção Europeia dos Direitos Humanos – CEDH (*European Convention on Human Rights – ECHR*)¹⁷⁰; o direito de toda pessoa a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)¹⁷¹; e, ainda mais proeminentemente, em nível transnacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas – ONU (*United Nations Universal Declaration of Human Rights – UN*), a qual dispõe que: (i) Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei; e, (ii) Toda pessoa tem direito, em plena igualdade,

¹⁶⁶ SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 39-40.

¹⁶⁷ SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 39-40.

¹⁶⁸ Vide art. 13 do **Tratado da Carta da Energia**. Disponível em: https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Founding_Docs/ECT-es.pdf. Acesso em: 15 jun. 2025.

¹⁶⁹ Vide art. 47 da **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf. Acesso em: 15 jun. 2025.

¹⁷⁰ Vide art. 6º. e art. 13 da **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Acesso em: 17 nov. 2024.

¹⁷¹ Vide art. 8.1 da **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 17 nov. 2024.

a uma audiência justa e pública por um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e obrigações ou sobre qualquer acusação criminal contra ela.¹⁷²

O direito de acesso à justiça é também identificado como um conceito de Direito Internacional consuetudinário e sua contrapartida – a negação de justiça – como administração fundamentalmente injusta da justiça.¹⁷³ O Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça (*Statute of the International Court of Justice*) consagra o acesso à justiça como um princípio geral de direito reconhecido pelas nações civilizadas, aplicável pelos tribunais internacionais de investimento.¹⁷⁴

Duarte Gorjão Henriques reflete que:

O direito de acesso à justiça é um daqueles casos em que ideias de senso comum oferecem uma explicação melhor do que raciocínios elaborados (...)

É claro que o direito de acesso à justiça não se restringe (e não deve se restringir) a esta noção simples. Para usufruir efetiva e completamente desse direito, todos têm o direito de recorrer a um órgão de resolução de disputas, a uma reparação eficaz, à adjudicação tempestiva de sua disputa, a um julgamento justo e equitativo e a uma prestação de justiça eficiente e eficaz. Assim, o acesso à justiça não requer apenas o acesso efetivo a um tribunal, mas também exige que esse acesso proporcione uma resolução de uma disputa de forma eficiente e oportuna, e que todas as partes sejam tratadas de forma justa e equitativa.¹⁷⁵⁻¹⁷⁶

No Direito brasileiro, o acesso à justiça é considerado princípio constitucional, insculpido como direito fundamental no art. 5º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹⁷⁷ É também conhecido como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Kazuo Watanabe sustenta que:

(...) o conteúdo do princípio explicitado nessa norma é a garantia de justiça, a abranger não apenas o âmbito processual como também o

¹⁷² Vide art. 8º. e art. 10 da **Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas**. Disponível em: <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2025.

¹⁷³ HENRIQUES, Duarte Gorjão. *Third-Party Funding: A Protected Investment?*. Revista do *Club Español del Arbitraje*, n. 30 – Madrid: 2017, p. 124.

¹⁷⁴ Vide art. 38(1) do **Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/statute>. Acesso em: 15 jun. 2025.

¹⁷⁵ Tradução livre do original em inglês: “*The right of access to justice is one of those cases where common sense ideas provide a better explanation than elaborate reasoning (...) Of course, the right of access to justice is not (and must not be) restricted to this simple notion. In order to effectively and completely enjoy such right, everyone has a right to resort to a dispute resolution body, to effective remedy, to timely adjudication of his / her dispute, to a fair and equitable trial, and to an efficient and effective delivery of Justice. Thus, the access to justice does not only require the actual access to a court, but also demands that this access provides a resolution of a dispute in an efficient and timely fashion, and that all the parties are treated fairly and equitably.*”

¹⁷⁶ HENRIQUES, Duarte Gorjão. *Third-Party Funding: A Protected Investment?*. Revista do *Club Español del Arbitraje*, n. 30 – Madrid: 2017, p. 122.

¹⁷⁷ Vide art. 5º, XXXV da **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

substancial, com o que ficaria bem claro que o texto constitucional não se explica como mera constitucionalização do direito abstrato de ação.¹⁷⁸

De um ponto de vista histórico, nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante.¹⁷⁹ O Estado permanecia passivo com relação a problemas individuais que uma parte poderia enfrentar para defender e ver reconhecidos seus direitos.

O acesso à justiça, como outros bens no *laissez-faire*, era obtido somente por aqueles que lograssem arcar com seus custos. O acesso formal, mas não efetivo, à justiça correspondia à igualdade apenas formal, mas não efetiva.¹⁸⁰

A situação de passividade estatal e o acesso apenas formal à justiça, obtido somente por aqueles que lograssem arcar com seus custos, dialoga com os primórdios do financiamento de litígios por terceiros. Cabe aqui recordar dos casos de concessão de financiamento, ou assistência financeira ao litigante prestados pelo senhor feudal naquele período da história, que poderia resultar nas práticas *maintenance* e *champerty*.

Com o passar dos anos, veio o reconhecimento da necessidade de acesso efetivo à justiça. Isso motivou a visão do princípio do acesso à justiça como essencial à garantia de uma ordem jurídica justa num Estado Democrático de Direito. Kazuo Watanabe, em reflexão conclusiva:

(...) chegamos à conclusão de que a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites de acesso aos órgãos judiciários já existentes, não se tratando apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.¹⁸¹

¹⁷⁸ WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa e tratamento adequado de conflitos – Resolução 125 do CNJ. *in* MACHADO FILHO, José Augusto Bittencourt; QUINTANA, Guilherme Enrique Malosso; RAMOS, Gustavo Gonzalez; BAQUEDANO, Luis Felipe Ferreira; BIOZA, Daniel Mendes; e, PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes. (Org.) **Arbitragem e processo: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona**. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 197.

¹⁷⁹ Conforme opinião de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, cuja obra é referida por Napoleão Casado Filho e Mariana de Souza Saraiva como seminal para o estudo do tema acesso à justiça. Ver CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do *third-party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 76-77; e, SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 41-54.

¹⁸⁰ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do *third-party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 76-77.

¹⁸¹ WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa e tratamento adequado de conflitos – Resolução 125 do CNJ. *in* MACHADO FILHO, José Augusto Bittencourt; QUINTANA, Guilherme Enrique Malosso; RAMOS, Gustavo Gonzalez; BAQUEDANO, Luis Felipe Ferreira; BIOZA, Daniel Mendes; e, PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes. (Org.) **Arbitragem e processo: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona**. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 198.

Prossegue, ainda, o autor, indicando que, para se atingir o ideal de acesso à ordem jurídica justa, há a necessidade, entre outras, das seguintes observações e providências:

(...) não se podendo pensar apenas no sistema de resolução dos conflitos através da adjudicação da solução pela autoridade estatal, incumbindo ao Estado o oferecimento também dos chamados ‘meios alternativos de solução dos conflitos’ (...).

(...) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham à efetiva realização do acesso à justiça (...).¹⁸²

Uma tentativa de remoção de obstáculos que se anteponham à efetiva realização do acesso à justiça culminou com a criação de políticas estatais de subsídio e de universalização da gratuidade processual. Veja-se o caso brasileiro, para aqueles que declaram não ter condições de arcar com as custas de um processo sem prejuízo do seu próprio sustento.

Em uma reflexão sobre a interpretação benevolente e os riscos de uso irrestrito da gratuidade, Napoleão Casado Filho pondera que “A garantia do acesso à justiça não significa que o processo deva ser necessariamente gratuito. Na verdade, o exercício de todo direito fundamental requer limites, sob pena de se inviabilizar sua efetivação.” E, prossegue, de modo bastante racional:

É essencial que o Estado continue com mecanismos de facilitação ao acesso ao Judiciário. Contudo, controles no exercício desse direito fundamental são absolutamente necessários. Parece-nos que o exercício do acesso à justiça precisa vir acompanhado das respectivas responsabilidades que tal acesso acarreta.¹⁸³

O princípio do acesso à justiça, como tal, é um dos pilares da democracia brasileira e assim precisa continuar. É inquestionável que a gratuidade no acesso à justiça estatal é uma conquista histórica e irreversível. No entanto, defende-se repensar sua aplicação de modo a evitar que possa haver algum tipo de abuso do direito de ação em casos de demandas frívolas ou naquelas habituais.¹⁸⁴

É nesse diapasão que uma inflexão do entendimento e aplicação do princípio do acesso à justiça precisa ser feita. Ao tratar-se da justiça estatal-processual, resta claro o entendimento. Não obstante, é nos domínios da arbitragem que se revelam peculiaridades na interpretação e

¹⁸² WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa e tratamento adequado de conflitos – Resolução 125 do CNJ. In MACHADO FILHO, José Augusto Bittencourt; QUINTANA, Guilherme Enrique Malosso; RAMOS, Gustavo Gonzalez; BAQUEDANO, Luis Felipe Ferreira; BIOZA, Daniel Mendes; e, PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes. (Org.) **Arbitragem e processo: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona**. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 198.

¹⁸³ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do *third-party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 79.

¹⁸⁴ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do *third-party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 80.

aplicação de tal princípio, pelos quais se confere um enfoque ainda mais amplo à compreensão do acesso à justiça.

Aspecto importante, para tanto, é identificar que inexiste no âmbito da arbitragem a possibilidade de recorrer à gratuidade no custeio de uma demanda tal qual existe no âmbito da justiça estatal. Não há, como no sistema judicial estatal, a possibilidade de recorrer ao Estado para suprir a falta de recursos financeiros das partes ao litigarem em arbitragem. Mariana de Souza Saraiva assevera: “(...) se trata de um método privado que não é patrocinado de nenhuma forma pelo Estado. É que não há que se falar na possibilidade de justiça gratuita para a arbitragem (...)”¹⁸⁵

Maximin de Fontmichel afirma ser a arbitragem, muitas vezes, vista como “o território jurídico dos poderosos e dos ricos. Um território onde o acesso é pago, conflitando-se com a ideia de um acesso gratuito e protecionista, podendo causar situações de manifesta injustiça, como a negativa de acesso à justiça.”¹⁸⁶⁻¹⁸⁷

Apesar da relevância de tal opinião no contexto do princípio do acesso à justiça, é necessário ponderar o peso de tal afirmação nos domínios da arbitragem. A arbitragem é meio próprio (e adequado) de solução de controvérsias, alternativo (e complementar) ao Judiciário, com o qual não se confunde.¹⁸⁸⁻¹⁸⁹ Como leciona Carlos Roberto Husek, “Trata-se de uma via jurisdicional, mas não judiciária.”¹⁹⁰

Em adequação a tal linha de pensamento, Irineu Strenger cita Jean Robert que define a arbitragem como “instituições de justiça privada, graças à qual os litígios são subtraídos das jurisdições de Direito comum, para ser resolvidos por indivíduos revestidos, pela

¹⁸⁵ SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 52.

¹⁸⁶ Tradução livre do original em francês: “*L’arbitrage est presente comme le territoire juridique des puissants et des riches. (...) Un territoire dont l’accès est payant. (...) leur rencontre est conflictuelle et donne lieu à des injustices, notamment la pire d’entre elles : le déni de justice.*”

¹⁸⁷ FONTMICHEL, Maximin de. **Le faible et l’arbitrage**. Paris: Economica, 2013, p. 1.

¹⁸⁸ Neste ponto, importante trazer a opinião de Joaquim de Paiva Muniz, a qual é adotada neste trabalho: segundo o autor, é comum referir-se à arbitragem como meio alternativo de solução de conflito, em tradução quase literal do conceito do direito norte-americano *alternative dispute resolutions – ADRs*. Isso porque, usualmente, é tratada como alternativa ao processo judicial. A seu ver, a terminologia ‘meio alternativo’ mostra-se inadequada devido à ênfase ao processo judicial como via preferencial. “Na verdade, cada método de solução de litígios possui suas vantagens e desvantagens, podendo ou não ser o mais adequado, dependendo das circunstâncias do caso concreto. Por isso, a doutrina atualmente tende para o uso da expressão ‘Meios Adequados de Solução de Conflito’”. Ver MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de Direito Arbitral: teoria e prática**. 8.ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 21-22.

¹⁸⁹ Para fins didáticos, referências feitas à arbitragem neste trabalho como ‘meio alternativo’ de solução de conflito deverão ser entendidas como ‘meio adequado’ de solução de conflito.

¹⁹⁰ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 17.ed. São Paulo: LTr, 2023, p. 328.

circunstância, da missão de julgar.”¹⁹¹ As palavras de Cândido Rangel Dinamarco também reforçam o entendimento que resta assegurada a garantia do princípio do acesso à justiça em arbitragem em oposição à negativa de acesso à justiça consubstanciada na ideia de um acesso gratuito e protecionista:

Na medida em que se insere entre os meios alternativos de solução de conflitos, a arbitragem tem realmente essa missão de abrir porta à adequada solução de litígios, pacificando os litigantes com a realização da justiça – e daí a afirmação do acesso à justiça como um bem a ser obtido mediante a atuação dos árbitros, tanto quanto do juiz togado.¹⁹²

A arbitragem tem seu fundamento de validade no princípio da autonomia das vontades. Não no contrato social que vincula a todos ao sistema judicial estatal. Apresenta certa flexibilidade natural, visto que a autonomia das vontades permite às partes deliberar sobre a forma de constituição do processo, escolha da lei aplicável ao mérito, escolha do decisor (árbitro) e forma de decisão. Via de regra, será regida por regulamentos de instituições que administram o processo arbitral.

Em âmbito internacional, a maturidade da arbitragem permite considerá-la como um sistema autônomo, que dialoga com o sistema judiciário estatal em alguns pontos de contato, preservando, contudo, sua autonomia sistêmica. É, naturalmente, desvinculada dos sistemas judiciários-processuais domésticos das partes envolvidas. A ideia concebida para este sistema é garantir ainda mais independência de tais ordenamentos jurídicos e assegurar decisões mais autônomas e justas para as partes em litígio advindas de culturas potencialmente distintas.

Em que pese o quanto já exposto, poder-se-ia considerar aparente conflito entre os princípios do acesso à justiça e o princípio do *pacta sunt servanda*, corolário da autonomia das vontades. Carlos Alberto Carmona, entretanto, para quem, em sede de arbitragem, não há preocupações políticas de acesso à justiça¹⁹³, contesta tal aparente conflito. Para sustentar ainda mais este pensamento, Klaus Sachs, assim assevera:

Em conclusão, eu sou da opinião que, em uma arbitragem internacional, o princípio do *pacta sunt servanda* prevalece sobre o princípio do acesso à justiça, à exceção talvez de situações extremas. É verdade que o argumento baseado no direito de acesso à justiça é de uma importância fundamental, mas eu não iria até o ponto de dizer que a incapacidade de uma parte de participar de uma arbitragem em razão de falta de dinheiro pode ser considerada como uma negativa de justiça, na medida em que esta se insere no quadro de um modo de solução de litígios livremente escolhidos pelas

¹⁹¹ STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2003, p.232-233.

¹⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p.69-70.

¹⁹³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 214.

próprias partes.¹⁹⁴⁻¹⁹⁵

Nada disso, porém, significa que o sistema da arbitragem não deva se preocupar com princípios e valores naturalmente de políticas públicas, tais como o acesso a uma ordem jurídica justa. De fato, a autonomia das vontades não goza de liberdade incondicional – tem limites e o principal deles são as questões de ordem pública.

Em que pese o conceito amplo, de nada simples definição e pouco consenso, a ordem pública que interessa à arbitragem em âmbito internacional é a ordem pública transnacional, fruto da semipermeabilidade das diversas noções de ordem pública aceitas pelos países em geral. Cláudio Finkelstein afirma que “ordem pública é tudo aquilo que compõe o núcleo duro do sistema.”¹⁹⁶ Como mais consensual reflexo disso, será a manutenção do monopólio estatal de uso da força para execução de uma decisão arbitral nos casos excepcionais em que seja requerida tal intervenção estatal – portanto, de maneira que o Estado assegure que tal execução não colidirá com o núcleo duro de seus valores e princípios basilares.

De maneira a compor todos esses aspectos, a pretendida inflexão do entendimento e aplicação do princípio do acesso à justiça se justifica para aclarar que: dentro do sistema arbitral, esse princípio deve ser entendido como um direito de acesso a um processo arbitral justo, que não ofenda à ordem pública; não como um direito de recorrer ao judiciário em detrimento de convenção de arbitragem decorrente do expreso acordo de vontades das partes.

Nesse sentido, a impossibilidade de recorrer à gratuidade no custeio de uma demanda arbitral não caracteriza, *a priori*, situação de potencial denegação de justiça. O ponto central para Napoleão Casado Filho parece ser o seguinte:

O princípio do acesso à justiça é um princípio cuja interpretação maximizante antes apontada só é possível (e mesmo assim com ressalvas) no sistema judicial, e não no sistema arbitral de solução de litígios.

Com efeito, ao se escolher a via da arbitragem, as partes fazem uma opção por outro sistema de solução de litígios, que, mesmo se inspirando em alguns princípios estruturantes do sistema processual público, tem suas idiosincrasias, e não é uma mera réplica daquele.”¹⁹⁷

¹⁹⁴ Tradução livre do original em francês: “*En conclusion, je suis d’avis que, dans un arbitrage international, le principe pacta sunt servanda prévaut sur le principe du droit à l’accès à la justice, à l’exception peut-être de situations extrêmes. Il est vrai que l’argument basé sur le droit d’accès à la justice est d’une importance fondamentale, mais je n’irais jusqu’au point de dire que l’inaptitude d’une partie à participer à un arbitrage en raison de son impécuniosité peut être considérée comme un déni de justice, dans la mesure où l’on se situe dans le cadre d’un mode de solution des litiges librement choisi par les parties elles-mêmes.*”

¹⁹⁵ SACHS, Klaus Michael. **La protection de la partie faible en arbitrage**. *Gazette du Palais – Les Cahiers de l’Arbitrage*, n. 21, 2007, p. 26.

¹⁹⁶ É o quanto lecionou Cláudio Finkelstein em cátedra própria no curso de Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

¹⁹⁷ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do *third-party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 104.

A declaração de incapacidade financeira para arcar com as custas judiciais em processo judicial-estatal não impedirá o andamento do processo. Será custeado pelo Estado e seguirá seu esperado andamento. O acesso à justiça, em sua concepção maximizante, restará garantido.

Semelhante declaração, feita em sede de arbitragem, no entanto, terá resultado distinto. A consequência poderá ser grave à ponto de inviabilizar o andamento do processo arbitral. Desencadeia o desequilíbrio da paridade da relação inicialmente pactuada entre as partes. O acesso à justiça, em sua concepção de direito de acesso a um processo arbitral justo, restará inviabilizado.

Consequência mais grave ainda se tal declaração for dada com o propósito de evitar a instauração do processo arbitral, ou dele se evadir, numa clara quebra da confiança – que sustenta todas as relações¹⁹⁸ – inclusive entre partes em litígio que autônoma e livremente estabeleceram tal processo em convenção arbitral. Espera-se que não sejam esses os casos em geral, pois está implícito nessa confiança que o outro participante da interação observará as mesmas regras.¹⁹⁹ De qualquer forma, ainda que se considerem como exceção, a hipótese se presta a evidenciar uma questão cultural que pode se fazer presente quando se trata de alegada incapacidade financeira.²⁰⁰

Importante ressaltar a complexidade da verificação de tal alegação, dependente de comprovações contábeis que podem estar sujeitas a práticas pouco ortodoxas. Klaus Sachs bem aponta que, diferentemente da insolvência ou da falência, quando há uma declaração oficial que atesta a situação jurídica, não há paralelo na *impécuniosité* ou falta de recursos pura e simples, um termo vago que gera um problema para a arbitragem.²⁰¹

A opinião de Albert Jan Van den Berg assevera que a falta de dinheiro (*impecuniosity*)

¹⁹⁸ Neste ponto, além do quanto já referido por Márcio Pugliesi quanto à confiança (ver nota de rodapé número 16), importante trazer o quanto referenciam Zygmunt Bauman e Tim May ao afirmar que “Anthony Giddens, Ulrich Beck e Niklas Luhmann debruçaram-se sobre a relação entre confiança e risco. Giddens define confiança como ‘a crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um determinado conjunto de dados e eventos, nos quais essa confiança expressa fé na probidade ou no amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos (conhecimento técnico)’.” Ver BAUMAN, Zygmunt e MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. tradução de Alexandre Werneck – 1.ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2022, p. 134-135.

¹⁹⁹ BAUMAN, Zygmunt e MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a Sociologia**; tradução de Alexandre Werneck. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022, p. 134.

²⁰⁰ A questão cultural será abordada na próxima seção deste Capítulo 2. Suas implicações ao estudo e prática do financiamento da arbitragem por terceiros será detalhado no Capítulo 3.

²⁰¹ SACHS, Klaus Michael. *La protection de la partie faible en arbitrage*. *Gazette du Palais – Les Cahiers de l'Arbitrage*, n. 21, 2007, p. 24.

não torna a cláusula²⁰² inexecutável no sentido dado pelo legislador internacional²⁰³ ao termo: “A possibilidade de falta de recursos financeiros para viabilizar um processo arbitral não deve ser considerada como causa para resultar um acordo de arbitragem incapaz de ser executado, nos termos do artigo II (3).”²⁰⁴⁻²⁰⁵

Para Mariana de Souza Saraiva, é certo que há impactos decorrentes da presença ou ausência de capacidade financeira em viabilizar um procedimento arbitral.²⁰⁶ Não se pretende questionar a existência de tais impactos, certo que os há.

No entanto, deve-se vislumbrar que não se trata apenas da questão da capacidade financeira. Para além dela, há impactos decorrentes do tempo de duração de uma demanda arbitral; impactos inflacionários em custos, despesas e valores envolvidos na disputa; a frequência, aptidão, experiência e familiaridade das partes em litigar. O impacto decorrente de nenhuma dessas questões, contudo, tem a capacidade de inviabilizar um processo arbitral. Também não o deverá ter a questão da capacidade financeira.

Para Napoleão Casado Filho:

Não se pode atribuir a falta de recursos para custear o procedimento arbitral como elemento capaz de invalidar a escolha das partes pela via da arbitragem. Primeiro, por inexistir qualquer provisão legal nesse sentido no Brasil, tampouco nos principais tratados sobre o tema, como a Convenção de Nova Iorque de 1958.

Segundo, porque tal entendimento simplesmente esvaziaria por completo o instituto da arbitragem, uma vez que permitiria à parte fugir do procedimento arbitral, invocando um argumento de difícil constatação e verificação para voltar atrás na sua escolha.²⁰⁷

A já mencionada certa flexibilidade natural característica da arbitragem autoriza ponderar que algumas medidas podem ser tomadas para atenuar tais impactos e viabilizar a redução de seus custos. São exemplos: alterar a instituição que administra o processo arbitral e reduzir o número de árbitros pretendidos em anterior convenção.

Em situações de tal necessidade, em que uma parte enfrente a discordância da outra em efetuar tais ajustes, é admissível (e poderá ser até mesmo desejável) a intervenção

²⁰² Entenda-se, por cláusula, a cláusula arbitral.

²⁰³ Entenda-se, por legislador internacional, o redator da Convenção de Arbitragem de Nova Iorque.

²⁰⁴ Tradução livre do original em inglês: “*The possibility of a lack of financial resources to satisfy an award must be deemed not to render an arbitration agreement incapable of being performed within the meaning of article II (3).*”

²⁰⁵ VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958: towards an uniform judicial interpretation*. The Netherlands: Kluwer, 1981, p. 159.

²⁰⁶ SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 47.

²⁰⁷ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do *third-party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 88-89.

judiciária para viabilizar tais ajustes.²⁰⁸ Reitere-se, para viabilizar tais ajustes e preservar o instituto da arbitragem, nunca para anular a convenção arbitral ou declará-la ineficaz. A incapacidade de uma das partes de arcar com os custos do processo, desde que provada, poderia, no máximo, dar margem a tal intervenção das cortes estatais para modificar a cláusula²⁰⁹, mas preservando a arbitragem.²¹⁰

Em todo o caso, “(...) é importante que as partes se eduquem no tocante à arbitragem e compreendam que é um mecanismo privado e que tem seus custos.” É o quanto pondera Napoleão Casado Filho.²¹¹ Em linha com sua ponderação, a questão da cultura de litígios, a cultura arbitral e a cultura financeira assumem ainda mais relevância para o desenvolvimento da arbitragem e do uso de instrumentos que viabilizam sua preservação, ampla utilização e o acesso a uma ordem jurídica justa, tais como o financiamento da arbitragem por terceiros.

Diante das premissas de educação e cultura, a impecuniosidade poderá ser enfrentada não apenas por uma solução dual. Há outros caminhos para além do pleitear-se o cumprimento de uma convenção arbitral pela sua declaração de validade – independentemente da (in)capacidade das partes – ou do ajuste dialógico entre as partes para adaptar as condições de um processo arbitral – diferentemente do quanto inicialmente pensado e pretendido por elas – e viabilizar a redução de seus custos.

Via de regra, os custos de um processo arbitral são conhecidos pelas partes desde a assinatura da convenção arbitral. Se a arbitragem era possível e viável no momento do seu pacto, deve ser preservada. Caso, em momento superveniente, torne-se comprovadamente demasiado onerosa, a parte implicada deverá buscar mecanismos que, ainda assim, preservem a manutenção do instituto da arbitragem, em um necessário e desejável exercício de reforço da cultura arbitral.

Em arbitragem, portanto, a capacidade ou possibilidade financeira da parte pode, de fato, impactar em melhores condições de litigar. Não é decisiva, porém, para que se concretize o acesso à justiça. Do ponto de vista financeiro, a via para tal acesso ela já tem.

²⁰⁸ Vide art. 6º e art. 7º da Lei de Arbitragem brasileira em **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 20 nov. 2024.

²⁰⁹ Entenda-se, por cláusula, a cláusula arbitral.

²¹⁰ A alteração da cláusula arbitral pelas cortes estatais em tais circunstâncias poderá ensejar discussões relevantes, tanto do ponto de vista acadêmico quanto prático, sobre os efeitos da cláusula arbitral. Questões como efeitos, validade e eficácia da cláusula; sua ineficácia parcial ou total superveniente; cláusula vazia, ou temporariamente vazia, inoperante, inexequível ou patológica; temas estes que, apesar de sua importância, não serão desenvolvidos neste trabalho por fugirem ao seu escopo principal. Para maior aprofundamento, recomenda-se a leitura da obra de Napoleão Casado Filho.

²¹¹ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do *third-party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 103.

A incapacidade ou impossibilidade financeira da parte, contudo, impacta a concretização do acesso a uma ordem jurídica justa. A tensão existente na necessidade de custeio de uma arbitragem para uma parte em situação de impecuniosidade pode ser real e nada abstrata.

A impeditiva falta de recursos para custear a defesa de seus direitos, acaba por gerar o risco da análise apriorística da capacidade financeira da parte para litigar e por afastá-la da via de acesso à justiça. O apoio de um financiador-investidor, mediante o uso do mecanismo do *third-party funding*, tem se mostrado como solução apropriada para tal.

Neste ponto, importante levantar a temática de que a impossibilidade da parte possa decorrer não de sua incapacidade de autofinanciamento, mas pelo custo de oportunidade na alocação de seus recursos escassos. Há partes que buscam o TPF não pela falta de recursos. Buscam-no como medidas de alocação de capital e de mitigação de riscos.

É o caso quando a parte dispõe de capacidade de autofinanciamento ou de outras formas de obtenção de recursos, porém, diante de uma avaliação do custo de oportunidade na alocação de seus recursos, optam por aplicá-los em outros propósitos. Trata-se de situação que se coloca como um paradigma de cultura jurídico-financeira, para além do (basilar e inquestionável) acesso à justiça.

A preservação da arbitragem, o respeito ao pacto arbitral, autonomamente realizado pelas partes em sede de convenção arbitral, encontram no mecanismo do financiamento da arbitragem por terceiros instrumento adequado para viabilizar o atendimento ao direito fundamental inscrito no princípio do acesso à justiça. Este instrumento serve, também, ao propósito de permitir às partes um acesso equilibrado à solução de seus conflitos pela redução de eventuais assimetrias competitivas decorrentes de suas vantagens e desvantagens estratégicas em situação de litígio²¹².

“Gera o efeito positivo de ampliar o acesso à jurisdição arbitral”, como afirma Joaquim de Paiva Muniz.²¹³ E, nas palavras conclusivas de Duarte Gorjão Henriques, “muito mais do que uma faceta oculta, é uma característica geral que constitui um princípio fundamental do direito: o direito de acesso à justiça.”²¹⁴⁻²¹⁵

²¹² Raramente as partes de uma transação se encontram em reais condições de igualdade. Ver Zygmunt Bauman e Tim May em BAUMAN, Zygmunt e MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. tradução de Alexandre Werneck 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022, p. 145.

²¹³ MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de Direito Arbitral: teoria e prática**. 8.ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 87.

²¹⁴ Tradução livre do original em espanhol: “*Mucho más que una faceta oculta, es una característica general que constituye un principio fundamental del derecho: el derecho de acceso a la justicia.*”

²¹⁵ HENRIQUES, Duarte Gorjão. **Third-Party Funding: A Protected Investment?**. Revista do Club Español

2.4 Cultura, civilização e Direito

Cultura é termo que permeia o cotidiano das pessoas. Consiste em um daqueles casos em que o senso comum já trataria de oferecer explicações e exemplos sobre o que se entende pelo termo.

Desnecessário seriam maiores elaborações sobre seu conceito, vez que, intuitivamente, é naturalmente apreendido, abordado e utilizado pelas pessoas em geral. Não obstante, muitas vezes, as referências feitas dizem mais respeito à expressão cultural, às manifestações culturais, ou seja, ao que se expressa como resultado da cultura do que à cultura propriamente dita.²¹⁶

A cultura pode ser estudada sob diversas óticas e prismas da ciência e do conhecimento.²¹⁷ Diante de algumas das possíveis relevantes possibilidades de abordagem, tal qual o tema do acesso à justiça, a cultura é tema de importância basilar. Como tal, deve ser enfrentado diante de sua relevância para o desenvolvimento do uso de instrumentos como o *third-party funding* na solução de conflitos, em especial, aqueles submetidos à arbitragem como meio adequado de solução de controvérsias.

A palavra cultura deriva do verbo latino *colere*, com pelo menos três significados etimológicos, quais sejam, habitar, cultivar e cultuar. Seu supino, *cultum*, também corresponde aos seguintes significados: cultivo (associado à natureza), costume (moral e social) e culto (ligado ao sagrado). Numa primeira impressão, a partir da etimologia dos termos latinos, depreende-se que cultura é, essencialmente, em qualquer dessas acepções, um esforço de organização do tempo – um esforço de geração temporal das significações, uma tentativa de criar esboços e atividades de sentido duráveis e de lhes conferir um sentido no tempo.²¹⁸

A noção de cultura parece ter sido concebida da experiência de pessoas específicas que, por casualidade, viviam em épocas específicas. Do francês *civilisation*, do alemão *Bildung*, do inglês *refinement*; todas, denominações de atividades que informam acerca do que

del Arbitraje, n. 30. Madrid: 2017, p. 101.

²¹⁶ O que, como será visto logo adiante, ainda nesta seção, poderá ser melhor entendido e apropriado pelo uso de outra denominação correlata à cultura: civilização.

²¹⁷ Cultura é tema que seria, inclusive, merecedor de trabalho próprio. Dentro do recorte possível a este trabalho, o tema será conceitualmente abordado neste Capítulo, sob as óticas da Filosofia e Sociologia. Pretende-se que sua abordagem, ainda que em caráter ancilar, funcione como um prisma para enxergar o financiamento da arbitragem por terceiros sob um viés econômico e a partir de um paradigma de cultura – para além do acesso à justiça – no próximo Capítulo.

²¹⁸ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 189.

tem que ser feito, do que deveria ter sido feito ou do que deverá ser feito; e tratam, respectivamente, de um esforço civilizador, de educação e de aperfeiçoamento moral; todas, expressam ideias de ação no tempo. A noção expressada por todos os três termos, no entanto, também acaba por transmitir um sentimento de ansiedade e um ímpeto de ação, de fazer algo.²¹⁹

A cultura, portanto, não se apresenta por si. Apresenta-se por intermédio de pessoas. Assim, a cultura não produz, efetivamente, comportamentos, regras ou normas. Induz a produção de determinado tipo de comportamentos, regras e normas por pessoas e para pessoas que se situam em um mesmo grupo ou âmbito cultural.

Em interessante construção, Clifford James Geertz opina que:

A cultura não consiste em um complexo de padrões concretos de comportamento, mas em um conjunto de mecanismos de controle para governar o comportamento. Para o homem, cujo comportamento seria virtualmente ingovernável, um caos de atos e explosões emocionais, a cultura não é apenas um ornamento da existência humana, mas uma condição essencial para essa, a principal base de sua especificidade.²²⁰

Cultura é, nesse sentido, o próprio modo segundo o qual o homem se insere no mundo, uma realidade dinâmica, em processo. Em constante e contínuo processo de (re)construção, a cultura torna-se expressão de um povo.

Desse processo, resulta como o conjunto de todos os projetos de uma sociedade, processo este que, em si mesmo, é resultante de todo um processo sócio-histórico que configura o atual estágio – e o atual cenário (entendido como o conjunto de todas as situações existentes em determinado momento na sociedade) – de uma cultura. É um processo lento e longo, mas segundo parâmetros aceitos socialmente e regulados pelo corpo da própria cultura.²²¹

Márcio Pugliesi indica que, numa primeira aproximação, prefere entender o conceito de cultura como “um sistema adaptativo englobante de projetos humanos de longa duração e norteadores da sociedade.”²²² Um sistema adaptativo de práticas simbólicas, que implica seletividade, ideologia e mudança. E a expressão simbólica desse sistema será inserida no campo político das relações humanas.

²¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022, p. 189-190.

²²⁰ GEERTZ, Clifford James. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 32-33.

²²¹ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 215-216 e 247.

²²² PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 202-203.

Esse sistema adaptativo, constituindo-se em um todo complexo, não opera isoladamente. Ao contrário, é conexo a um plano de concreção, no qual se dá a materialidade de sua realização. Constitui-se isso, em si mesmo, um processo de formação de uma civilização, de uma sociedade com uma cultura específica.

Neste ponto, vê-se que cultura e civilização estão em relação geradora mútua: os projetos lastreiam-se na realização possível e ao se realizarem estabelecem novos lindes para a civilização que, por sua vez, estabelecerá novas possibilidades para a cultura.²²³ Um processo de alimentação e retroalimentação.

As situações²²⁴ geradas e gestadas no âmbito da cultura são materializadas no âmbito da civilidade pela concreta ação de instaurar novas situações – que, como resultado, retroalimentarão a própria cultura. As projeções oriundas da cultura encontram suas possibilidades, realizações e limitações na objetividade da civilização. A civilização atualiza os projetos da cultura pela ação a partir das situações de lá partidas e, gradativamente, aqui realizadas pelos atos dos operadores sociais na transformação das estruturas existentes a fim de viabilizar as situações (lá e aqui) desejadas.

Cultura e civilização se conectam, cada uma a seu modo, ao agir humano – o que faz necessário empreender-se um esforço para se compreender como se opera, no plano da civilidade, determinada cultura, em geral, de um grupo ou de um segmento social específico. Como bem assinalou Herbert Marcuse “a cultura fornece a ‘alma’ à civilização.”²²⁵

O ser humano vive em companhia de outras pessoas e interage uns com os outros. É um ator habilidoso, mas que depende e é resultado das interações de uns com os outros. A necessidade externa de ação e a determinação interna de agir proporcionam, conjuntamente, uma espécie de estrutura em que o mundo é apreendido e no qual também é palco.

Nesse processo, demonstra extraordinária quantidade de conhecimento tácito,

²²³ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 136.

²²⁴ O agir humano dá-se em situação. O étimo situação deriva da composição de *situ + actione* = lugar + ação. Resulta, portanto, no lugar em que acontece a ação. Lugar, este, que representa não apenas a localidade, inclusive discursiva, em que se exerce a atividade, mas, ainda, o tempo em que se executa a ação. A ação, por sua vez, não é instantânea, mas constitui uma função implícita das estratégias desenvolvidas no tempo: $S = f(En, t)$. Ver PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 117 e 124. Ao acolher esta lição, entende-se, neste trabalho, que todos estamos sempre em situação, uns em relação aos outros, aos objetos, àquilo que possa ser apreendido como realidade, estando sempre situados em algum lugar e em ponto de agir, ou não, a partir de tal lugar e do quanto se vê, se percebe, se apreende a partir de tal lugar, em função das estratégias e (de) escolhas desenvolvidas no tempo.

²²⁵ MARCUSE, Herbert. **Cultura e Sociedade**. Vol 1.; tradução de Wolfgang Leo Maar, Isabel Maria Loureiro e Robespierre de Oliveira. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 94-95.

apreendido em suas próprias interações e que permite lidar bem com elas mesmas no dia a dia. Em geral, o modo pelo qual o ser humano entende e apreende o mundo tende a ser praxeomórfico²²⁶, determinado pelo quanto de conhecimento se tem e pela capacidade de se aprender mais a cada dia, pelo que as pessoas podem fazer e pelo modo como usualmente o fazem.

Esse processo interativo, no entanto, está sujeito a uma era de crescente ansiedade nas relações humanas. Em parte, pela individualização extremada das interações humanas – naturalmente de cunho social e econômico – que atualmente produzem resultados cada vez mais únicos. Em parte, pela automatização das relações e suas novas experiências no limiar entre a novel inteligência artificial e a, até então, tradicional inteligência humana – ambas, contudo, reais, palpáveis, tangíveis.

As relações são reais entre homem e máquina, entre a inteligência que se conhece e aquela criada – já quase autônoma em sua integralidade, capaz de se autorreplicar tanto quanto a humana – numa interação única entre homem, máquina e inteligências. Tais novas relações alteram o curso das relações tradicionais para um tempo em que tudo, ou quase tudo, é online e quase instantâneo – em que tudo parece cada vez mais acelerado. Está-se diante de um quase cancelamento da relação espaço-tempo, visto que o espaço pode ser atravessado, vencido, no tempo quase instantâneo nas relações online.²²⁷

Vivencia-se o advento da atualmente chamada sociedade de dados, também reconhecida como sociedade da informação. O exemplo mais nítido, talvez, sejam as próprias relações online, as relações interpessoais sem a personalidade da presença física dos sujeitos que se relacionam, efetivadas mediante trocas de dados e, em alguns casos, motivadas por proposições algorítmicas.

Trata-se da vida em uma ‘sociedade de risco’, na expressão usada por Ulrich Beck.²²⁸ Risco não deve ser interpretado como simples decorrência de ignorância ou falta de habilidade na execução de uma ação. Ao contrário, envolve esforços visando alcançar resultados

²²⁶ Entende-se, neste trabalho que o termo trata da opção pela adoção de comportamentos propositais, que visam atingir determinada finalidade, porém, motivados por formas de pensamento já constituídas, apreendidas e replicáveis sem maiores questionamentos, visto que o sentimento envolvido em tais comportamentos já é conhecido e, até mesmo, confortável para o agente. Ver BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. tradução de Plínio Dentzien. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p.74.

²²⁷ Jacques Derrida indicaria que a instantaneidade e as referências ao tempo parecem ‘*sous rature*’. Ver BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. tradução de Plínio Dentzien 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p.149. Neste trabalho, entende-se que tal expressão baseia-se no conceito originalmente pensado por Martin Heidegger de ‘*under erasure*’, ao qual Jacques Derrida deu maior desenvolvimento e refere-se à desconstrução da linguagem para expressar determinada condição na falta de melhor expressão que assim o pudesse fazê-lo.

²²⁸ BECK, Ulrich. **Risk Society: Towards a new modernity**. Thousand Oaks: Sage, 1992.

racionais, concentrados em detalhes considerados relevantes e significativos pelo agente, ainda que potencialmente desconhecidos, sujeito a volatilidades e sem garantia de controle no caminho para tal.

Nesse contexto, além das deliberações conscientes e racionais, o ser humano também consegue antecipar prováveis resultados a partir dos riscos estimados. Isso ocorre ao examinar uma situação real na qual se praticará uma ação e quais os efeitos se pretendem alcançar. Leva-se em consideração tanto os valores quanto os recursos disponíveis para orientar uma determinada conduta.

As deliberações estão sempre abertas à disputa entre fatores considerados relevantes e irrelevantes para a decisão. O número de fatores considerados no planejamento e na execução de uma ação tende a ser menor que a soma total de fatores que influenciam a situação (ou dela dependem).

A capacidade do agente em deliberar corresponde a sua habilidade de discernir entre o que é importante e o que não é objeto de interesse. O que repercute, no entanto, é a inabilidade de excluir do processo decisório aqueles fatores que seriam efetivamente irrelevantes.²²⁹

Ao tratar das escolhas humanas para os seus cursos de ação, Pierre Bourdieu classifica três tipos de capital empregados na conduta e ações humanas – capital simbólico, cultural e econômico:

O capital simbólico refere-se ao poder de conferir significado a objetos, atributos e características; o capital cultural é o conjunto de habilidades e conhecimentos que possuímos e podemos utilizar em nossas ações; e o capital econômico diz respeito ao acesso que temos a riquezas e recursos materiais.²³⁰

A alternância de uso, ou o uso conjunto e coordenado de tais capitais, permitem diferentes escolhas e cursos de ação.

Negócios e transações de mercado, em suas diversas acepções (para citar algumas, de consumo, financiamento, investimento, dentre outras) são, em geral, impactados pelos capitais simbólico, cultural e econômico. Tratadas como impessoais, ainda que realizadas por pessoas e não pela ficção jurídica da entidade empresarial, as transações empresariais são, geralmente, conduzidas por pessoas.²³¹ Isso evidencia a pungência das relações e interações humanas que,

²²⁹ BAUMAN, Zygmunt e MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a Sociologia**; tradução de Alexandre Werneck 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022, p. 191.

²³⁰ BOURDIEU, Pierre. Os três estados do capital cultural. *in* NOGUEIRA, M. A.; CATANI, A. (orgs.) **Escritos de Educação**. 3 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2001, p.73-79.

²³¹ Em que pese a relevância da intervenção da inteligência artificial nas transações, seja entre homem e máquina, seja entre máquinas, este trabalho se ocupa em tratar das relações e interações humanas.

comumente, se baseiam em redes e relações de interdependência.

O capital cultural e outros fatores culturais como normas, valores e avaliações que o acompanham são elementos habituais das interações e transações. Zygmunt Bauman e Tim May concluem que não surpreende que Jürgen Habermas e Francis Fukuyama, cada um a sua maneira, tenham notado como o sucesso de uma transação depende de bases culturais.²³²

Como afirma Zygmunt Bauman:

De fato, em toda a história humana o trabalho da cultura consistiu em peneirar e sedimentar duras sementes de perpetuidade a partir de transitórias vidas humanas e de ações humanas fugazes, em invocar a duração a partir da transitoriedade, a continuidade a partir da descontinuidade, e em assim transcender os limites impostos pela mortalidade humana, utilizando homens e mulheres mortais a serviço da espécie humana imortal.²³³

Na visão esclarecedora de Márcio Pugliesi, a cultura, como sistema adaptativo, tem como conteúdo o capital cultural. A civilidade, o capital tecnológico e suas realizações concretas. E, como resultado de sua interação, pela ação humana, o capital político:

“A relação dialética entre cultura e civilização estabelece entre si um movimento em que a tese ora surge no campo da cultura, ora naquele da civilidade e a antítese decorre da reação do outro campo. A síntese estabelece resultados em ambos os campos. O capital político resultante se forma, portanto, a partir da interação dos demais capitais e mantém a homeostase sistêmica sendo, muitas vezes, chamado de experiência.²³⁴

A cultura é produto da escolha de possíveis possibilidades, aspirações, anseios, projetos e almas. O campo da cultura é, em si mesmo, uma somatória de culturas, ou um conjunto de culturas, nesse sistema adaptativo complexo, que se organiza no campo da civilização. A ação humana, por via de estratégias consolidadas em políticas, estabelece o vínculo entre os dois campos, assumindo, assim, natureza política.

Assumindo-se que a cultura se constitui em um sistema, entende-se que cada elemento tem uma função a cumprir. Nenhum elemento é deixado ao acaso, tudo se ajusta, se combina, coopera.²³⁵

Sobre esse sistema, Zygmunt Bauman comenta que há quatro proposições silenciosas

²³² BAUMAN, Zygmunt e MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a Sociologia**; tradução de Alexandre Werneck. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022, p. 135.

²³³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**; tradução de Plínio Dentzien. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p. 160.

²³⁴ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 135-136.

²³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**; tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022, p. 192-193.

que se revelam imunes à passagem do tempo, em especial que: a cultura é uma entidade, um processo estabelecedor de ordem; normas promovidas ou instaladas pela cultura são (ou deveriam ser) coerentes e não contraditórias, sob pena de corromper o pretendido processo estabelecedor de ordem; somente podem pertencer ao sistema normas e artefatos culturais indispensáveis à autorreprodução do sistema – do contrário, a presença de uma norma ou artefato estranho ao sistema e à sua ordem ou é resíduo de um estado anterior do sistema ou uma inserção estranha, podendo ser até desintegradora do sistema; e, finalmente, o sistema cultural possui uma estrutura, com um sistema de valores centrais.

Em oposição a ideia à qual se refere como um paradigma ortodoxo, pelo qual a cultura como sistema serve ao estabelecimento da ordem, o autor apresenta três ideias orientadoras de Claude Lévi-Strauss, para quem: não existe estrutura global da cultura, não existe uma cultura como um todo – as culturas, como as sociedades não são totalidades, o que há são processos estruturantes contínuos, raramente coordenados e submetidos a um plano sistêmico único; a estrutura que surge não é estacionária, mas um processo, uma estruturação; por fim, a cultura não serve a um propósito ou propósitos definidos e determinados.²³⁶

Pondera-se, no entanto, que a cultura reflete uma interação (e integração) de todas essas visões. Diante da contingência dos acontecimentos, a cultura conforma não apenas ações, mas também reações, sejam decorrentes de causas precedentes, por metas presumidas, de forma teleológica, ou, até mesmo, acidentais ou imotivadas. A cultura permite estabelecer pontes para possíveis relações, interações e transações entre os agentes em um processo estruturante de si mesma cuja realização e materialização se dá no âmbito da civilidade.

Para Wilhelm Dilthey, a cultura é resultado das relações de ação e reação dos indivíduos. Ela é o mesmo nexos interno, a mesma unidade concreta, que ocorre na pessoa. O autor chama essa unidade concreta, tal como ela surge no indivíduo e na sociedade de uma época, de sua cultura.²³⁷

Para Ricardo Bins di Napoli:

É um nexos estrutural, que desenvolve uma forma determinada de o homem desfrutar das coisas, de agir sobre elas e criar novas. No modo de vida de uma cultura, desenvolvem-se formas de satisfazer as necessidades humanas, que produzem uma pressão sobre os outros indivíduos, e, através dessas formas, alguns fins são realizados.²³⁸

²³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**; tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022, p. 196-197.

²³⁷ DILTHEY, Wilhelm. *Gesammelte Schriften*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1960, p. 104-105.

²³⁸ DI NAPOLI, Ricardo Bins. **Ética e compreensão do outro: a ética de Wilhelm Dilthey sob a perspectiva do encontro interétnico**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 219.

Zygmunt Bauman e Tim May afirmam que:

Cultura diz respeito a modificar coisas, tornando-as diferentes do que são e do que, de outra maneira, poderiam ser, e mantê-las dessa forma inventada, artificial. A cultura tem a ver com a introdução e a manutenção de determinada ordem e com o combate a tudo que dela se afaste, como indicativo de descida ao caos. Tem a ver, então, com a substituição ou complementação da ‘ordem natural’ (o estado das coisas sem interferência humana) por outra, artificial, projetada. E a cultura não só promove, mas também avalia e ordena.²³⁹

Neste ponto, importante distinguir o ponto exato da linha divisória entre natureza, cultura e civilização. A natureza conforma uma realidade decorrente de tudo aquilo que os poderes e capacidades humanas não moldaram ou não tiveram ambição em assim o fazê-lo. Há uma lógica própria que governa tal realidade.

A cultura, por outro lado, diz respeito aos anseios e às circunstâncias humanas que, coordenados, promovem transformações, alterações e criações pelo uso dos poderes e capacidades humanas na ação. Trata-se da manipulação e reação sobre a realidade existente e sobre aquela que se pretende criar com o objetivo de atender a um fim desejável, apropriado à ordem pretendida.

A civilização marca, por seu turno, a capacidade de tornar concretas as aspirações e indicações surgidas na cultura. Representa a totalidade de realizações concretas que uma dada cultura tenha prefigurado e, em geral, estará aquém das possibilidades sugeridas por essa mesma cultura.²⁴⁰ É uma medida, métrica ou régua que evidencia o quanto os grupos humanos se distanciam, em ritmos próprios, ao seu tempo e modo, do estado de natureza²⁴¹ – “uma estratégia evolucionista da espécie humana”, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho.²⁴²

A relação dialética e dialógica entre cultura e civilização permite uma abstração em três planos correlacionados: o primeiro, dos anseios, dos projetos, da alma; o segundo, da forma do mundo, no qual a ação, a reação, os objetos têm lugar; e, o terceiro, que diz respeito à própria ação em si. O mundo é conformado por uma pluralidade de projetos, de lugares e objetos diferentes entre si. As ações, como decorrência, serão também diferentes entre si.

A abstração que permite vislumbrar tais planos, também permite vislumbrar a

²³⁹ BAUMAN, Zygmunt e MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a Sociologia**; tradução de Alexandre Werneck 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022, p. 203.

²⁴⁰ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 288.

²⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Biografia não autorizada do Direito**. 1.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2021, p. 12-13.

²⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. **Os livres podem ser iguais?: Liberalismo e Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022, p. 241.

sobreposição entre a cultura – e os comportamentos humanos como manifestações culturais na civilidade – e as estruturas da realidade social (incluindo-se, aqui, ambas, cultura e civilização) – sobre as quais incidirá a cultura e tais manifestações. Dita sobreposição é regulada por um código cultural. Zygmunt Bauman e Tim May ponderam que o código cultural é sobretudo um sistema de oposições de signos:

Esses signos vinculam o comportamento dos atores e as figurações sociais por eles mantidas. Eles apontam dois sentidos ao mesmo tempo: para as intenções dos atores e para um dado segmento da realidade social em que eles atuam. Nenhum dos dois é mero reflexo do outro ou ocupa posição de destaque ou secundária. Ambos, permitam-nos repetir, só existem em conjunto, fundamentados nas mesmas instalações do código cultural.²⁴³

Conhecer o código é compreender o significado dos signos e implicará em como proceder em algum sentido. Signos são objetos ou ocorrências perceptíveis pelos sentidos (em sua acepção fisiológica) que expressam um significado – em si ou pela sua oposição – e apontam um sentido (em sua acepção direcional). Captar, apreender e compreender o significado permite direcionar a ação no sentido apontado, ou pretendido a ser apontado, de maneira a sustentar a coordenação entre a situação e a ação humana resultante.

Seja como produto de legislação, administração, intervenção humana em geral, tal depende de habilidades, conhecimentos e recursos disponíveis, bem como da existência ou não de ambição de estendê-los para finalidades previamente não testadas. É o caso da ciência e da tecnologia, que ampliam o espaço de manipulação possível e, portanto, o domínio da cultura.²⁴⁴ É também o caso do fenômeno do *third-party funding*, a partir de um ponto de vista ou de outro.

Em linha com esse raciocínio, parte própria da cultura é, também, a ética (*éthiké*) derivada de *ethos* – o que é habitual. Dessarte, a ética, despida de sanção externa, se localiza na cultura e, sua contrapartida, a moral, desenvolve-se na civilização – em que as sanções, de ordem moral, são praticadas no conviver.²⁴⁵ Normas, regras, hábitos e obrigações éticas são elementos pertinentes à cultura, pois vinculam genericamente e no longo prazo. Obrigações morais, por sua exigibilidade imediata e censura social, pertencem ao campo da civilidade.²⁴⁶

²⁴³ BAUMAN, Zygmunt e MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a Sociologia**; tradução de Alexandre Werneck. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022, p. 207.

²⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt e MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a Sociologia**; tradução de Alexandre Werneck 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022, p. 201-205.

²⁴⁵ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 126, em nota de rodapé 17.

²⁴⁶ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 206-207, em nota de rodapé 22.

Um ponto último, no presente recorte, fundamental e que merece investigação, é o papel do direito na intersecção entre as esferas da cultura e da civilização, dos projetos e objetos, da ‘alma’ e da sua exteriorização. Não só na intersecção, mas também em sua relação e correlação no processo sócio-histórico de alimentação e retroalimentação.

Márcio Pugliesi, pondera que:

Parece que a oposição dialógica e dialética dos campos da cultura e da civilização poderia servir como quadro explicativo para a produção da história dos homens sob o controle do Direito.²⁴⁷

O campo da cultura acumula o que é de longo prazo e ainda não concretizado (o *pro-jectum*); o campo da civilização encerra o que se tornou, ou se apresentou, o construído (o *ob-jectum*). Assim, os textos legais, permanecem no campo da cultura, enquanto as normas concretizadas, naquele da civilização.²⁴⁸

Os textos legais, produzidos na esfera da cultura, são consubstanciados em normas concretizadas graças à hermenêutica, parte própria da política, na civilização.²⁴⁹ O direito e a ação de operadores do direito conforma e delimita o âmbito dos projetos mediante a concretização dos textos legais, pela análise de conformidade ou desconformidade de situação ou cenário (conjunto de situações) como projeto que se reifica, segundo as possibilidades, na civilização, buscando reduzir a complexidade sistêmica do sistema social.

Assim, de maneira semelhante à existência de um código cultural²⁵⁰ e um código político²⁵¹, Ricardo Campos contextualiza, a partir de sua leitura de Niklas Luhmann, a dependência da sociedade, e de seus sistemas funcionais, do funcionamento de um código jurídico.²⁵² Neste código, o Direito assume novos e diferentes contornos e formas em uma sociedade fragmentada globalmente diante da crescente complexidade das relações, interações, invenções e produção de conhecimentos. Trata-se de um processo que ocorre, em particular, pela interligação de questões jurídicas, técnicas, econômicas e culturais num ambiente global de enredos com semânticas sobrepostas, normatividades híbridas ou multinormatividade.²⁵³

²⁴⁷ O autor vai ainda mais além quando comenta que a história nasce, justamente, da interação entre os dois domínios: cultura e civilização. Ver PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 169 e 299.

²⁴⁸ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 126, em nota de rodapé 17.

²⁴⁹ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 345-346.

²⁵⁰ Em Zygmunt Bauman.

²⁵¹ Em Márcio Pugliesi.

²⁵² Em Ricardo Campos.

²⁵³ Por multinormatividade, o autor se refere a uma concepção de pluralismo jurídico como abordagem para uma autodescrição alternativa do direito (em Thomas Duve) e como uma forma de reflexão sobre o próprio

O autor também se manifesta, de maneira bastante contundente, no sentido da acentuação do papel do direito internacional como um mecanismo de produção da realidade (global) profundamente atrelado à cultura:

Cultura não no sentido dos especialistas do Direito Internacional pós-colonial, para os quais a antiga distinção entre os povos civilizados e não civilizados, ancorada no *ius publicum europaeum*, ainda se perpetuaria latentemente nas práticas no Direito global. Em vez disso, ‘cultura’ aqui se refere à relação constitutiva e acêntrica entre os indivíduos e a sociedade na produção do social.²⁵⁴

Essa visão é, ainda, particularmente articulada e enfatizada pelo movimento crítico pós-colonialista, na opinião de Annelise Riles, para quem “o projeto de Direito Internacional repousa sobre uma essencialização da cultura que privilegia o papel do Direito Internacional como um mecanismo de ponte, preenchendo o vazio entre as fronteiras culturais.”²⁵⁵⁻²⁵⁶ A desintegração da antiga ordem tem condicionantes culturais que se refletem em uma correlação entre o plano nacional e o plano transnacional.²⁵⁷

Para Ricardo Campos, a produção e reprodução do Direito na sociedade global se funda na consolidação gradual de uma racionalidade caracterizada pelo contato. A isso denomina apresentar-se como uma “cultura do contato” no tecido social das operações jurídicas. Sobretudo, resultado de novas tecnologias de comunicação, informação e transporte, que permitem a descentralização e a reconfiguração de uma sociedade global de natureza multicêntrica.

Em um contexto de entrelaçamento entre cultura e Direito, fazem-se refletir suas palavras:

Nesse ponto encontra-se a mais valia de uma abordagem teórica cultural dentro da Teoria do Direito. O fundamento da relação entre indivíduos e sociedade é interpretado a partir de uma função construtiva e performativa de conceitos e instituições jurídicas. Entretanto, a participação

direito (em Ralf Seinecke). Ver CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global**: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 213, em nota de rodapé 434. Neste trabalho, a partir de tais concepções, entende-se como o pluralismo de normas de outros caracteres e naturezas que se entrelaçam e interagem, em diferentes delineamentos e configurações, para além das eminentemente jurídicas e que, como tal, influenciam a sociedade, o comportamento humano e social e retroalimentam o sistema, o ordenamento jurídico, a cultura e a civilização.

²⁵⁴ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global**: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 196 e nota de rodapé 393.

²⁵⁵ Tradução livre do original em inglês: “*The project of international law rests on an essentialization of culture that privileges the role of international law as a mechanism of bridging the void between cultural boundaries.*”

²⁵⁶ RILES, Annelise. **Aspiration and control**: international legal rhetoric and the essentialization of culture. *Harvard Law Review*, vol. 106, 1993, p. 723.

²⁵⁷ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global**: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 132.

do Direito nesta construção não é orientada a um objetivo finalístico, mas apenas prepara o terreno para novas variações e interpretações do real.²⁵⁸

Sob esse ponto de vista, pode-se dizer que o Direito participa do processo de construção, transformação e autotransformação da sociedade como mediador de experiências e expectativas – idealizadas e projetadas na cultura, materializadas e realizadas na civilização e que retroalimentam esse próprio sistema adaptativo complexo – nas estruturas criadas pela sociedade. O Direito opera na estabilização das expectativas e viabiliza comportamentos e a sociabilidade dentro de uma dimensão temporal aberta entre presente e futuro, em um ambiente de dissolução de fronteiras na sociedade global.

Thomas Vesting comenta que o Direito da sociedade global é um direito “movido por um ‘mal-estar existencial’”. Como a arte moderna, o Direito está se tornando um fenômeno que escapa a uma definição clara, assume um caráter híbrido e se conecta com a própria sociedade.²⁵⁹ Semelhança que não se pode furtrar em traçar paralelo com obra essencial de Sigmund Freud, intitulada ‘O mal-estar na cultura’ (*Das Unbehagen in der Kultur*)²⁶⁰, na qual o autor empreendeu esforço em tentar discernir os mistérios da cultura na sociedade moderna.

Nessa relação, como dito, conclusivamente, por Thomas Vesting, “a cultura torna-se a companheira constante do Direito.”²⁶¹ E, como dito, em adequado complemento, por Márcio

²⁵⁸ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global**: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 186, em nota de rodapé 368.

²⁵⁹ Ver comentário de Thomas Vesting ao apresentar a obra de Ricardo Campos, em: CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global**: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 17-18.

²⁶⁰ Obra consagrada em sua tradução para o idioma português intitulada como ‘O mal-estar na civilização’. Na riqueza do uso linguístico alemão, *Kultur* é vocábulo cuja etimologia expressa, com maior profundidade e identidade, aquilo que se faz e por aquilo que se é – nota-se, aqui, clara identificação com o quanto este trabalho adota como conceito de cultura. Ao utilizar-se a palavra civilização como tradução de *Kultur* para o vernáculo pátrio, pode-se, equivocadamente, levar à confusão com o conceito de civilização adotado neste trabalho. Para maior clareza, no idioma alemão, civilização correspondente ao vocábulo *Zivilisation*, cuja etimologia refere-se àquilo que abrange o lado exterior do homem, algo mais afeito à materialidade da realização da existência humana – pelo que se permite melhor identificação com o quanto este trabalho adota como conceito de civilização. Não se pretende qualquer crítica ao rico trabalho de tradução realizado, nem à escolha do tradutor em utilizar o vocábulo civilização em vez de cultura. O que se pretende é, dada a importância da distinção entre cultura e civilização, preservar o rigor do significado expressado pelos vocábulos em seu idioma original o que permite melhor acomodação com os conceitos defendidos neste trabalho. Frise-se, também sem críticas à obra do consagrado autor, a qual se recomenda a leitura. Ver FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. In SALOMÃO, Jayme. (Direção geral) **Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud** – Volume XXI (1927-1931): O futuro de uma ilusão; O mal-estar na civilização; e outros trabalhos. tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

²⁶¹ VESTING, Thomas. *Die innere Seite des Gesetzes. Symbolische Ordnung, Rechtssubjektivität und Umgang mit Ungewissheit*. In AUGSBERG, Ino. (Coord.) **Ungewissheit als Chance**. Tübingen, 2009, p. 50 e seg.

Pugliesi, “a institucionalização do Direito é inerente ao processo civilizatório.”²⁶²

²⁶² PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 270.

3. Capítulo 3: A economia e a cultura do financiamento da arbitragem por terceiros

A Introdução tratou de apresentar e posicionar o tema do financiamento da arbitragem por terceiros diante dos objetivos pretendidos por este trabalho.

O Capítulo 1 contextualizou o fenômeno. A partir de um olhar ampliado, foi estudado inserido em um mercado de investimentos em ativos alternativos, de alto risco e retorno financeiro. Evidenciou-se que se trata de um mecanismo de sofisticada complexidade jurídica, envolvendo questões multidisciplinares pensadas e desenvolvidas não só para o mercado arbitral, mas para o mercado de financiamento de litígios judiciais e outras situações especiais.

O Capítulo 2, seguindo o propósito definido nos objetivos pretendidos por este trabalho, adentrou em alguns pontos históricos que antecederam e pavimentaram o caminho para o atual desenvolvimento do *third-party funding*. Demonstrou-se, pelas lentes da História, como foram forjados os principais conceitos jurídicos referentes a esse mecanismo nascido no seio do mercado internacional.

Em seguida, foi revisitado o basilar e inquestionável tema do acesso à justiça, com o propósito de contextualizar sua principal acepção e objetivo no contexto arbitral – o acesso a uma ordem jurídica justa e a ampliação do acesso à jurisdição arbitral. Ao fechar esse capítulo, a partir das lentes da Filosofia e da Sociologia, concentrou-se em estudar a cultura e seu correspondente reflexo na civilização, servindo como prisma para a subsequente abordagem do *third-party funding* para além do acesso à justiça – sob o viés da economia e paradigma da cultura.

De maneira a concluir o estudo empreendido e buscar subseqüentes perspectivas em atendimento aos objetivos pretendidos neste trabalho, este Capítulo 3 aborda, inicialmente, a economia do *third-party funding*. A pretensão é proporcionar uma visão do mecanismo sob a ótica da economia política, tanto em seu aspecto macro, quanto microeconômico. E, com isso, evidenciar a lógica econômica que sustenta uma decisão racional de obtenção do financiamento por aqueles agentes que dele não necessariamente necessitam para fins de acesso à justiça, mas que assim o fazem por razões econômicas; bem como a lógica econômica do financiador na concessão do financiamento.

Em seguida, contextualiza-se o financiamento da arbitragem por terceiros como um fenômeno dos projetos (*pro-jectum*) gestados na cultura, cujos resultados se configuram em objetos (*ob-jectum*) materializados na civilização – seja para o acesso à justiça, seja como instrumento de finanças corporativas (*corporate finance*) e de investimentos em ativos

alternativos. A pretensão é evidenciar que, para além do acesso à justiça, existe uma cultura própria do *third-party funding*.

Para tanto, busca-se também posicionar o fenômeno dentro de uma realidade em que o Direito assume novos e diferentes contornos e formas em uma sociedade fragmentada globalmente diante da crescente complexidade das relações, interações, invenções e produção de conhecimentos. Uma realidade de hibridação do direito, em contextos heterárquicos e de multinormatividade.

Finalmente, arremata-se o capítulo tratando-se dos imperativos éticos envolvidos na contratação do *third-party funding*, com foco na relação direta entre financiador e financiado – o que, por certo, acarreta implicações mais amplas no uso da ferramenta no mercado – diante de suas questões multidisciplinares e de sofisticada complexidade jurídica.

3.1 A economia do financiamento da arbitragem por terceiros

A palavra economia deriva do vocábulo grego *oikonomia*. Trata-se de uma combinação de *oikos*, com o significado de casa, lar e *nomos*, com o significado de administração. Sua conjugação resulta, portanto, em a administração da casa, a administração do lar.

A economia é também denominada, em ambiente acadêmico, como Ciências Econômicas, por ter métodos próprios de investigação, análise e resultados singulares dentro dos corpos de conhecimento mais amplos das Ciências Sociais. Como tal, relaciona-se direta e indiretamente, mas nunca ausente, com outros corpos correlatos, como as Ciências Jurídicas – o Direito – a Sociologia e a Filosofia. Além desses, guarda, em seu íntimo, correlação com as Ciências Exatas, essencialmente na determinação de modelos para descrever matematicamente a relação entre as forças econômicas fundamentais.²⁶³

A economia lida com um binômio clássico, de construção semântica aparentemente simples, porém, epistêmica e estruturalmente complexa: trata da administração de recursos escassos para o atendimento de necessidades ilimitadas – via de regra, numa relação inversamente proporcional.

Nesta árdua tarefa, atua em dois campos principais: a macroeconomia e a microeconomia. Ambas, conformam o conceito de administração da nação como lar, a partir dos lares individualmente considerados. Seus pressupostos estão justamente relacionados à

²⁶³ Os contatos laterais e interdisciplinares entre tais disciplinas permitem tanto uma ampliação das capacidades interpretativas quanto a transposição de fronteiras dogmático-disciplinares.

tentativa de maximização da utilidade no uso de recursos escassos dentro de uma lógica de racionalidade econômica esperada dos indivíduos e nações para atendimento das necessidades ilimitadas.

A macroeconomia se ocupa da análise da economia de uma nação considerada como um todo, usando dados agregados, tais como, mas não limitados a: renda, emprego, produção industrial, níveis de preços, inflação, base monetária, endividamento, investimento, juros e comércio internacional – todos agregados a partir das unidades econômicas individuais básicas na sociedade (homem, empresa, indústria, lar). A microeconomia trata, essencialmente, do comportamento de tais unidades econômicas individuais básicas, em si mesmas e como suas decisões individuais afetam os mercados e a economia como um todo.

Ambos os campos de estudo da economia se protraem em subáreas cujos estudos, apesar de compartimentalizados, são como fragmentos que se interconectam. São algumas dessas áreas: a economia internacional, economia de custos, política e planejamento econômico, economia do desenvolvimento, economia monetária – mais afeitos à macroeconomia – a teoria do consumidor, teoria da firma, equilíbrio de mercado entre oferta e demanda, elasticidade – mais afeitos à microeconomia – e a econometria, cujas técnicas de modelagem matemática aplicam-se a ambas.

As divisões apresentadas correspondem mais a uma divisão de trabalhos entre estudiosos e entre disciplinas acadêmicas do que, propriamente, uma divisão natural do mundo. Num ponto de conexão possível com a questão da cultura, não se trata de uma ordem natural do estado das coisas, mas de uma ordem criada, projetada e ordenada pela cultura a ser materializada no campo da civilização.²⁶⁴

3.1.1 A economia política e a lógica macroeconômica do financiamento da arbitragem por terceiros

O resultado visado pela economia sempre será a busca de otimização na administração dos recursos escassos e dos modos possíveis de maximização de seus benefícios para o atendimento razoavelmente equilibrado das necessidades ilimitadas – seja no agregado da sociedade, seja na individualidade das unidades econômicas básicas.

Nesta tarefa, a área da Economia chamada de Economia Política representa papel essencial. Como tal, se ocupa da investigação, estudo, compreensão e costura da relação entre

²⁶⁴ Para maior detalhamento, é recomendado voltar ao quanto já abordado neste trabalho sobre o tema, na seção 2.4 Cultura, civilização e Direito.

os aspectos históricos, culturais, sociais, políticos e legais que contribuem para a tessitura do tecido social e modelagem da civilização.

Assim como a cultura não produz, efetivamente, comportamentos, regras ou normas, senão os induz em um determinado âmbito cultural; assim como o Direito participa do processo de construção, transformação e autotransformação da sociedade como mediador de experiências e expectativas – idealizadas e projetadas na cultura, materializadas e realizadas na civilização e que retroalimentam a cultura como sistema adaptativo complexo; a Economia Política tem relevante papel contributivo no processo de modelagem da sociedade, ao interpretar, atualizar e conformar uma certa ordem a partir dos interesses econômicos ao longo da história.

A ordem econômica e seus imperativos não finalisticamente moldam, nem determinam a vida social, mas refletem os valores aceitos (e, indiretamente, os negligenciados) por uma sociedade. De tal modo, podem, inclusive, deflagrar mudanças ideológicas em seu seio pela retroalimentação da cultura pelas ponderações no âmbito da civilização. Pode-se dizer que o desenvolvimento da ordem econômica é um processo cultural.

Friedrich Hayek, afirma não concordar com qualquer pensamento que considere a Economia como uma ciência lógica, composta de conceitos *a priori* impermeáveis às investigações empíricas.²⁶⁵ Trata-se de claro exercício de Economia Política, pelo qual reconhece que a interação entre valores, aspectos históricos, culturais, sociais, políticos e legais conformam o estatuto epistemológico da economia.

A história flui, tornando a economia crescentemente mais complexa e exigindo maior sofisticação na teoria e renovações na prática.²⁶⁶ Joseph Schumpeter não nutre problemas em admitir que o capitalismo é, historicamente, instável em sua essência. Por esta razão, entende que os ciclos econômicos de desenvolvimento, ao longo da história, não se constituem em desvios, senão naturalmente integram o sistema econômico – com reflexos na dinâmica social – impulsionados por inovações introduzidas pelo desenvolvimento tecnológico. Sendo um componente positivo do sistema capitalista, os ciclos econômicos são “o processo pelo qual a vida econômica se adapta a novas condições.”²⁶⁷

²⁶⁵ Economista, representante da escola austríaca de economia. Ver HAYEK, Friedrich A.. **O renascimento do liberalismo**. editado por Peter G. Klein, tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Faro, 2021, p. 145-146.

²⁶⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. **Os livres podem ser iguais?: Liberalismo e Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022, p. 205.

²⁶⁷ Economista que, talvez pelo fato de ser austríaco, é frequentemente associado à escola austríaca de economia. No entanto, não é formalmente considerado um de seus representantes. Inobstante, muitas de suas ideias e concepções guardam importante intersecção com tal escola de pensamento econômico. Ver SCHUMPETER, Joseph. **A Teoria do Desenvolvimento Econômico**; tradução de Maria Sílvia Possas. São

“O capitalismo tem sede de mercados, e ela é insaciável”, nas incisivas palavras de Fabio Ulhoa Coelho.²⁶⁸ Comerciantes sempre encontraram caminhos e formas para contornar e superar fronteiras, no tempo e no espaço, administrativas e geopolíticas, com o objetivo de fazer negócios. O trinômio investimento-crédito-retorno, sempre fez parte das estratégias comerciais e, em terminologia mais recente, empresariais, na busca de negócios lucrativos.²⁶⁹

A economia de mercado (capitalista liberal) fundamenta-se, no entendimento de José Paschoal Rossetti, na presunção de racionalidade que os agentes econômicos, individualmente considerados, se conduzem de forma racional, com o objetivo de maximização de seus próprios rendimentos; e que, na aplicação desses rendimentos, buscam a maximização dos graus possíveis de satisfação. Diante disso, essa economia de mercado caracteriza-se pelo Estado mínimo, propriedade privada e livre iniciativa como traços dominantes.²⁷⁰

No modelo econômico capitalista, verifica-se que o fato econômico, produto do ato econômico, necessariamente provoca repercussões. Positivas ou negativas, em relação a terceiros, de caráter privado, público, primário e secundário, e universal, tais repercussões “(...) sempre acabam de alguma forma pigmentando o respectivo colorido da economia”, na opinião de Ricardo Sayeg.²⁷¹

Em Economia, denominam-se tais repercussões por externalidades. Trata-se de todo efeito produzido por um agente econômico que repercute positiva ou negativamente sobre a atividade econômica, renda ou bem-estar de outro agente econômico, sem a correspondente compensação. Via de regra, não há como eliminar, na exploração de atividades econômicas, uma certa margem de efeitos positivos ou negativos não compensáveis. Por outro lado, quando se verifica a possibilidade de compensação, a economia entende que o efeito não compensável configura a internalização da externalidade.

No enfrentamento jurídico da questão da internalização das externalidades, se apresenta a concepção da doutrina da análise econômica do direito.²⁷² Com acento

Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 141-168.

²⁶⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. **Biografia não autorizada do Direito**. 1.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2021, p. 111.

²⁶⁹ Para maior detalhamento, é recomendado voltar ao quanto já abordado neste trabalho sobre o tema, na seção 2.1 Perspectiva histórico-econômica do comércio internacional. Perspectiva histórica do financiamento internacional de demandas por terceiros

²⁷⁰ ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 313-317.

²⁷¹ SAYEG, Ricardo. Uma proposta de emenda constitucional para o capitalismo humanista na Constituição Federal. In GUIMARÃES, Antonio Márcio da Cunha e GUIMARÃES, Arianna Stagni. (Coord.). **Direito do Comércio Internacional: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Geraldo José Guimarães da Silva**. São Paulo: Lex Editora, 2013, p. 302.

²⁷² A concepção da análise econômica do direito encontra sua fundamentação econômica no estudo das externalidades pelo economista Ronald Harry Coase, expoente da corrente de pensamento econômico da

notadamente liberal, considera que as externalidades não refletem falhas do mercado. Ao contrário, decorrem de situações conflitantes que devem ser solucionadas pelos próprios interessados.

Para a análise econômica do direito, não existe um efeito de atividade econômica que seja, em si mesmo, positivo ou negativo. O que é favorável a um agente econômico é desfavorável ao outro. As externalidades são recíprocas e cada um deles procurará nortear suas opções segundo padrões racionais de eficiência, isto é, gastando o menos para lucrar o máximo possível.

A externalidade apenas gera ineficiência quando são elevados os custos de transação entre os agentes econômicos interessados. Isto é, quando o entendimento entre o agente que cria e o que suporta a externalidade tem um custo não desprezível. Cabe ao Estado e ao direito operar na redução dos custos de transação e na definição dos direitos de propriedade. Aos agentes econômicos, aos próprios interessados, cabe negociar a internalização das externalidades a partir da racionalidade econômica própria dos agentes.²⁷³

Diante da fluidez da história e dos ciclos econômicos, é consabido que a aplicação indistinta das teorias econômicas liberais da Escola de Chicago e da análise econômica do direito não prosperam de maneira purista na macroeconomia mundial e em Estados em particular. A dinâmica das relações sociais, políticas públicas, questões macroeconômicas estruturais e conjunturais, os projetos da cultura e a modelagem na civilização, implicam em um balizamento, uma calibragem do papel do Estado, das conquistas sociopolíticas e de uma estabilização de experiências e expectativas pelo direito no ordenamento da economia política, ainda mais em um mundo globalizado. A racionalidade dos agentes, a propriedade privada, a livre iniciativa e o mercado como coordenador da atividade econômica devem ser preservados,

Escola de Chicago. Esse marco teórico foi ampliado e expandido pelo jurista Richard Allen Posner ambicionando a identificação e a propositura de padrões de eficiência econômica conciliados ao Direito e aplicados às instituições centrais do sistema jurídico, às decisões e ao raciocínio jurídicos. Esta é a corrente de pensamento privilegiada neste trabalho para a investigação e análise do financiamento da arbitragem por terceiros como fato econômico.

²⁷³ Em respeito ao rigorismo científico, é fundamental mencionar que há uma outra corrente de pensamento que se ocupou do enfrentamento jurídico da questão da internalização das externalidades. Trata-se da economia do bem-estar, fruto de distintas concepções de compreensão do papel do estado e do direito na organização econômica. O teórico central dessa corrente foi o economista Arthur Pigou, da cátedra de Economia Política da Universidade de Cambridge. Formulou crítica sistemática às concepções clássicas de suficiência das forças livres de mercado no equilíbrio dos custos e benefícios sociais. Para ele, as externalidades são derivadas de falhas no mercado e cabe ao estado corrigi-las. Propõe, em termos concretos, o cálculo comparativo entre os custos sociais e os custos individuais de cada atividade econômica. A diferença revelaria uma externalidade que seria internalizada ou pelo recolhimento de um tributo ao estado credor de uma externalidade (quando o custo social for maior que o individual), ou pela concessão de uma isenção ou incentivo ao empresário credor (na condição inversa). Ver COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.1, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32-36.

porém, à luz dos reflexos dessa dinâmica na indução da alocação eficiente dos recursos que atendam ao binômio clássico da economia.

David Ruelle²⁷⁴, em interessante abordagem da dinâmica econômica a partir da perspectiva da física sobre o acaso e o caos, afirma:

Os livros didáticos de economia (...) podem dar a impressão de que o papel dos legisladores e funcionários do governo é encontrar e implementar um equilíbrio particularmente favorável à comunidade. Os exemplos de caos na física nos ensinam, no entanto, que certas situações dinâmicas não produzem equilíbrio, mas sim uma evolução temporal caótica e imprevisível. Legisladores e funcionários do governo se deparam, portanto, com a possibilidade de que suas decisões, destinadas a produzir um equilíbrio melhor, levem, de fato, a flutuações brutas e imprevisíveis, com efeitos possivelmente bastante desastrosos. A complexidade da economia atual incentiva esse comportamento caótico, e nossa compreensão teórica nesse domínio permanece muito limitada.²⁷⁵⁻²⁷⁶

A economia deve ser defendida contra as intervenções danosas do Estado; mas também não há sentido em descartar *a priori* as intervenções eficientes do Estado, impedindo a economia de se beneficiar delas. Não se trata de uma questão de “estadofobia”²⁷⁷, nem do tamanho, volume ou quantidade de Estado. Trata-se da qualidade e da eficiência da intervenção.²⁷⁸

Não obstante, entende-se perfeitamente aplicável a lógica macroeconômica apresentada ao macrouniverso do financiamento da arbitragem por terceiros. Em um ambiente sofisticado de heterocomposição de uma demanda em arbitragem, como meio adequado de

²⁷⁴ David Pierre Ruelle é físico belga, que, dentre outros trabalhos, em uma de suas obras ocupou-se em estudar diversos fatos e atos humanos sob a perspectiva da abordagem da física sobre o acaso e o caos.

²⁷⁵ Tradução livre do original em inglês: “*Textbooks of economics (...) may give you the impression that the role of the legislators and government officials is to find and implement an equilibrium that is particularly favorable for the community. The examples of chaos in physics teach us, however, that certain dynamical situations do not produce equilibrium but rather a chaotic, unpredictable time evolution. Legislators and government officials are thus faced with the possibility that their decisions, intended to produce a better equilibrium, will in fact lead to wild and unpredictable fluctuations, with possibly quite disastrous effects. The complexity of today's economics encourages such chaotic behavior, and our theoretical understanding in this domain remains very limited.*”

²⁷⁶ RUELLE, David. **Chance and chaos**. Princeton: Princeton University Press, 1991, p. 84-85.

²⁷⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. **Os livros podem ser iguais?: Liberalismo e Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022, p. 173-196.

²⁷⁸ Acrescente-se a missão de uma sociedade fraterna, que possa garantir a liberdade a partir da base da igualdade no mínimo existencial, pautado dentro da perspectiva multidimensional de direitos humanos que assegure uma existência digna: tem-se a teoria do Capitalismo Humanista, por uma regência jurídica sobre uma ordem econômica humanista de mercado (ainda que aqui referenciado de maneira superficial, a intenção é trazer esta significativa contribuição às escolas do pensamento jurídico-econômico). Ver SAYEG, Ricardo. Uma proposta de emenda constitucional para o capitalismo humanista na Constituição Federal. In GUIMARÃES, Antonio Márcio da Cunha e GUIMARÃES, Arianna Stagni. (Coord.). **Direito do Comércio Internacional: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Geraldo José Guimarães da Silva**. São Paulo: Lex Editora, 2013, p. 306-315.

solução de controvérsia, em última análise, estão presentes agentes econômicos racionais contrapostos.

Sustenta-se que a busca do lucro pelos agentes econômicos pode, em certas circunstâncias, levar ao acúmulo assimétrico de poder econômico.²⁷⁹ Os corpos dotados de capacidade econômico-financeira, geralmente, acabam se beneficiando de privilégios que lhes atribui peculiares faculdades no relacionamento com outros corpos.²⁸⁰

Dessa realidade, pode resultar um desequilíbrio entre os contendores, que não se apresentarão à disputa em situação de paridade de armas (*level the playing field*) sob o aspecto econômico-financeiro. Uma parte pode, assim, acabar por ser capaz de manipular as condições a seu favor.

Em uma situação dessas, o entendimento dos custos de transação entre o agente que cria e o que suporta a externalidade tem um custo não desprezível. Neste caso, a opção pelo financiamento da arbitragem por terceiros como ferramenta para o acesso à justiça se verifica como uma possibilidade de compensação e fator de redução dos custos de transação, que configura a internalização da externalidade para o agente, o contendor afetado. Nesta visão, bastante purista com relação à análise econômica do Direito, não há espaço para a intervenção do Estado.

Por outro lado, em casos excepcionais, a qualidade e eficiência de uma possível intervenção (judiciária estatal), idealmente mínima, é admissível – e poderá ser até mesmo desejável. Poderá se configurar com o propósito de viabilizar ajustes entre os contendores e preservar o instituto da arbitragem. Porém, nunca para anular a convenção arbitral ou declará-la ineficaz diante da incapacidade ou impecuniosidade de uma das partes de arcar com os custos do processo arbitral.²⁸¹

Situação diversa, porém, complementar, nesse macrouniverso, ocorre quando do encontro de agentes econômicos sofisticados, contendores especializados em uma disputa arbitral em paridade de armas. A eventual existência de externalidades será recíproca e cada um deles procurará nortear suas opções segundo padrões racionais de eficiência, isto é, gastando o menos para lucrar o máximo possível. A negociação da internalização das

²⁷⁹ ARAUJO, Clayton Vinicius Pegoraro de. O Direito da concorrência no Brasil: seus desdobramentos econômicos e os aspectos da regulação dos atos de concentração de empresas. In GUIMARÃES, Antonio Márcio da Cunha e FERREIRA, Carolina Iwancow. (Organizadores). **Desafios empresariais e seus reflexos jurídicos**. 1.ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 83.

²⁸⁰ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito, poder e opressão**. 2.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1984, p. 102.

²⁸¹ Para maior detalhamento, é recomendado voltar ao quanto já abordado neste trabalho na seção 2.3 Acesso à justiça; e, notas de rodapé 209-211.

externalidades e da redução dos custos de transação se dará a partir da racionalidade econômica própria dos agentes.

Neste cenário, não se vislumbra a necessidade de recorrer a qualquer ferramenta para viabilizar o acesso à justiça. Em termos econômicos, as partes já dispõem de tal acesso, via de regra, capitalizadas com recursos próprios.

A opção pelo *third-party funding* decorrerá de suas estratégias individuais de acesso a crédito e a estruturas de *funding* sob o viés do trinômio investimento-crédito-retorno. Diante da presunção de racionalidade econômica, a lógica será a utilização do mecanismo com o objetivo de produzir resultados lucrativos – mediante a otimização da administração dos recursos escassos e dos modos possíveis de maximização de seus benefícios para o atendimento razoavelmente equilibrado das suas necessidades no âmbito da disputa arbitral.

Em ambas as situações, seja para assegurar o acesso à justiça, seja como estratégia financeira, a adoção do *third-party funding* resulta em efeitos positivos no ambiente macroeconômico, na redução de externalidades e na esfera jurídica. Em uma economia estruturada, tais possibilidades de tratamento de externalidades, permitem a ampliação do mercado de crédito e de investimento, com reflexos diretos nos agregados da economia.

Um mercado equilibrado, com condições de competitividade e de fluidez dos fluxos financeiros e de capital²⁸² entre os agentes interessados, tende a criar um *funding* estável de financiamento que possa estar disponível nos termos e prazos compatíveis com os objetivos de maximização de retorno sobre o investimento e minimização de custos para atender as necessidades de obtenção de crédito. O *third-party funding* viabiliza a transferência de poupança entre agentes econômicos que investem em ativos alternativos e aqueles que buscam acesso ao crédito. A simples existência de poupança não assegura, por si só, a realização de investimentos.

3.1.2 A empresa e a lógica microeconômica do financiamento da arbitragem por terceiros

Já foi dito que a economia visa o resultado ótimo na administração dos recursos escassos com vistas às possíveis formas de maximização de seus benefícios para o atendimento

²⁸² Em seu estágio pesado, o capital estava fixado ao solo. Na era do *software*, o capital é extraterritorial, desembaraçado, viaja rápido e leve, apenas com bagagem de mão – pasta, computador portátil e telefone celular. Seu nível de mobilidade espacial é sem precedentes. Os poderes reguladores tomam cuidado ao restringir as liberdades do capital; evitam movimentos que possam dar a impressão de que determinado país, ou governo, é pouco hospitaleiro às expectativas, usos e realizações possíveis do capital global. Ver BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**; tradução de Plínio Dentzien. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p. 76, 154 e 188-189.

razoavelmente equilibrado das necessidades ilimitadas. Neste propósito, a macroeconomia se ocupa do agregado da sociedade e, a microeconomia, da individualidade das unidades econômicas básicas que compõem o agregado.

Uma vez abordada a lógica macroeconômica do financiamento da arbitragem por terceiros, necessário debruçar-se sobre a lógica microeconômica do fenômeno. A relevância deste viés está no fato de que o comportamento das unidades econômicas individuais, em si mesmas e o resultado de suas decisões individuais, emprestam vida e afetam os mercados e a economia como um todo. O encontro das razões individuais para contratação do financiamento por uma parte (o financiado) e para a concessão do financiamento por um terceiro (*non recourse, single case* ou *portfolio financing*) ecoa na formação e consolidação do mercado de TPF no ambiente econômico.

Indivíduos, famílias, empresas são todos agentes econômicos que podem ser considerados unidades econômicas individuais dentro da lógica microeconômica. Para o exame do *third-party funding*, importa a empresa privada como a unidade econômica individual por excelência.²⁸³

Para Fábio Ulhoa Coelho, a empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, cuja marca essencial é a obtenção de lucros.²⁸⁴ Nas palavras de Maria Eugênia Finkelstein, “consiste no complexo de atos realizados entre empresários que, exercidos habitualmente e profissionalmente com finalidade lucrativa, promovem a circulação dos produtos e/ou serviços para aproximar a procura da oferta.”²⁸⁵

Ambos os conceitos decorrem da aceitação da Teoria da Empresa (sistema italiano), segundo a qual a empresa pressupõe a organização e a habitualidade no exercício de suas atividades. Sob o ponto de vista estritamente jurídico, no entanto, não resta clara a persecução do lucro.²⁸⁶ Inobstante, ambos claramente evidenciam o lucro como elemento de natureza

²⁸³ Em escala global, em uma perspectiva sócio-econômica, a empresa é uma das fontes geradoras de bem-estar social, na geração de empregos, na oferta de bens e serviços, na cadeia produtiva, por conta do estímulo à atividade econômica e de seu efeito multiplicador na economia. No ordenamento jurídico nacional, o cumprimento do mandamento constitucional de desenvolvimento da ordem econômica passa, necessariamente, pela valorização e fortalecimento da empresa. Ver (i) SZTAJN, Rachel. Comentários ao art. 47 da Lei 11.101/2005. In SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 222; e, (ii) ALVARENGA, Silvia Tamberi. **Escolha racional da arbitragem: motivações jurídicas e econômicas**. Belo Horizonte: Initia Via, 2013, p. 69.

²⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.1, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18-19.

²⁸⁵ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Manual de Direito Empresarial**. 8.ed. rev., ampl. e ref. São Paulo: Atlas, 2016, p. 2-3.

²⁸⁶ Ainda sob o ponto de vista jurídico, especialmente no tocante ao ordenamento jurídico pátrio, claro está que o lucro é elemento essencial da atividade empresarial, mas este deve ser perseguido de forma a atender os ditames da função social da empresa. Trata-se de concepção pela qual o lucro deve atender uma hierarquia

econômica em comum.

Sob a ótica da economia, especialmente da lógica microeconômica, sustenta-se que é da natureza da empresa, como instituição econômica, o objetivo de persecução do lucro na exploração da atividade empresária. Toda empresa somente existe – e persiste – se estiver em crescimento. O lucro é a expressão máxima da atividade empresária que permite a sua continuidade e crescimento por meio de sua capitalização como reinvestimento na própria atividade. É um dos elementos essenciais de retroalimentação da empresa como sistema autônomo no macrosistema de interações que engloba a economia, o direito, as políticas e a cultura na sociedade.

A empresa está inserida em um regime econômico capitalista, fundado na liberdade de iniciativa e competição, norteadas pelos postulados da autonomia das vontades na contratação, da autorregulação dos interesses – observados os limites e raias traçadas pela ordem positiva – e da equalização das condições de atuação das partes.²⁸⁷ Nesse regime, diante de mudanças administrativas, culturais, mercadológicas e tecnológicas, não há qualquer garantia de estabilidade.

Efeitos transfronteiriços, transnacionais fazem parte das operações cotidianas de grande parte das empresas. Como tal, acabam por se refletir na estruturação e modelagem do próprio modelo empresarial, em um ambiente mutável e sujeito a instabilidades. É imprescindível, para a sua manutenção, lucrar e (re)investir.

No macrouniverso do *third-party funding*, identificam-se, basicamente, dois tipos de empresas necessárias para configurar uma operação de financiamento-investimento: o financiado e o financiador. Em sua configuração mais usual, o financiado será uma empresa cujo campo de atuação se dá no lado real da economia – produção de bens e prestação de serviços envolvendo ativos tangíveis; o financiador, por seu turno, será uma empresa cujo campo de atuação se dá no lado financeiro-monetário da economia – envolvendo operações com ativos financeiros e monetários, de natureza bancária ou não.

3.1.2.1 A lógica microeconômica do financiado

O financiado, em sua atividade principal, está ocupado com a produção, o atendimento das demandas de mercado, consumo, concorrência, investimento e lucro. Em sua atividade,

de valores, contraposta à concepção tradicional, pela qual o objetivo da exploração da atividade empresária é tão somente a busca do atendimento dos interesses dos seus sócios. Ver FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Manual de Direito Empresarial**. 8.ed. rev., ampl. e ref. São Paulo: Atlas, 2016, p. 18-19.

²⁸⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.1, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 7-12.

entende, por investimento, a aquisição de bens de capital, máquinas, equipamentos, edifícios, com vistas a gerar maior produção futura.²⁸⁸ Além da alocação de capital para gerar mais recursos, poderá investir por meio de aplicações financeiras geradoras de ganhos de capital, também com o objetivo de obtenção de lucro.²⁸⁹

A decisão de investimento no lado real ou no lado financeiro se dá, basicamente, pelo cálculo de uma variável econômica definida por John Maynard Keynes²⁹⁰ como a eficiência marginal do capital (EMgK): taxa de desconto que iguala o preço de oferta do investimento (PoI) – montante atual, no momento da decisão de investir – e o preço de demanda do investimento (PdI) – o somatório do valor presente dos fluxos de receitas esperadas do investimento. O investimento no lado real se realiza sempre que a EMgK for maior que a taxa de juros, até o ponto em que se iguala à taxa de desconto. A partir deste ponto, o ganho com a utilização dos recursos na aquisição de capital produtivo é inferior ao ganho com aplicações no mercado financeiro. O principal fator a influir na decisão de investir é, justamente, o retorno esperado do investimento.²⁹¹

A existência de um litígio, uma arbitragem, por outro lado, não faz parte do cálculo empresarial sob o viés de investimento e lucro. Ao contrário, faz parte do cálculo empresarial como variável de custo indireto da atividade empresária. Obrigações jurídicas em geral, normas jurídicas (*e.g.*, administrativas, trabalhistas, previdenciárias, tributárias), decisões administrativas, judiciais e arbitrais compõem o cálculo dessa variável chamada direito-custo por Fábio Ulhoa Coelho.²⁹²

Em qualquer hipótese, seja na decisão de investimento, seja no cálculo das variáveis de direito-custo, o cálculo empresarial é condição precípua de preservação do lucro. Este, por seu turno, é a alavanca das atividades econômicas da empresa no sistema capitalista. Desta feita, resta claro que o direito – e a busca pela resolução de um direito em disputa – têm papel fundamental no aperfeiçoamento do cálculo empresarial e, em última análise, para o desenvolvimento da empresa e da economia.

A ação empresarial é pautada por uma lógica econômica racional-instrumental. É

²⁸⁸ GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; e TONETO JR., Rudinei. **Economia brasileira contemporânea**: para cursos de Economia e Administração. São Paulo: Atlas, 1996, p. 85.

²⁸⁹ DOWNES, John e GOODMAN, Jordan Elliot. **Dicionário de termos financeiros e de investimento**. tradução de Ana Rocha Tradutores Associados. São Paulo: Nobel, 1993, p. 246.

²⁹⁰ Economista britânico, da escola de pensamento liberal-capitalista.

²⁹¹ GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; e TONETO JR., Rudinei. **Economia brasileira contemporânea**: para cursos de Economia e Administração. São Paulo: Atlas, 1996, p. 85-88.

²⁹² COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.1, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37-40.

caracterizada pela ponderação dos riscos, escolha consciente de um plano de ação e orientada para a realização de determinada finalidade. Os meios são selecionados justamente de acordo com as exigências da finalidade pretendida. Apesar da existência de variáveis que podem ser imponderáveis, como a imprevisão e a incerteza, a deliberação consciente e racional permite, ao menos probabilisticamente, antecipar prováveis resultados.²⁹³

A decisão empresarial leva em consideração os recursos disponíveis, o plano de ação, uma razoável ponderação de riscos e incertezas e o objetivo a ser alcançado. Essa maneira de decidir e agir é, comumente, medida em termos de valor monetário e expressada por relações particulares de custo e benefício. Trata-se da razão instrumental que mede os resultados reais em comparação com os fins pretendidos em ações de custeio, dispêndio, gasto, investimento e retorno em particular.

É exatamente essa lógica de ação e decisão que leva às hipóteses de contratação do financiamento da arbitragem por terceiros. Seja como instrumento financeiro, como medida de alocação de capital e mitigação de riscos; seja como instrumento de acesso à justiça (o que não afasta o caráter financeiro e a lógica microeconômica do fenômeno); o cálculo empresarial será feito como condição precípua de preservação do lucro da empresa.

A avaliação do custo de oportunidade na alocação dos recursos empresariais escassos leva à decisão de contratar, ou não, o financiamento para o custeio de uma demanda. Toma-se, então, uma decisão racional a partir do cálculo empresarial, avaliando-se: a instrumentalização dos riscos envolvidos; a relação de troca (*trade-off*) entre custo e benefício do financiamento via endividamento (*debt financing*) ou via capital próprio (*equity funding*);

²⁹³ Para evitar escapar ao tema central deste trabalho, opta-se por trazer em nota de rodapé interessante visão sobre os temas da imprevisão e da razão.

“‘Um pouco de imprevisto’: nos assuntos humanos, sempre haverá ‘um detalhe’ que não poderia ser previsto, apenas o suficiente para derrotar a razão e provocar a loucura no indivíduo e cataclismos na sociedade. Naturalmente, o racionalista tem todo o direito de dizer que, como a vida social é, em última análise, uma teia de fatos observáveis, detalhes verificáveis e eventos recorrentes – e, portanto, previsíveis – as decisões tomadas com base no conhecimento de tais elementos serão, em qualquer caso, as melhores possíveis nas circunstâncias. Eventos imprevistos ou erros são limites, mas a existência de limites não prova que a razão falha.”

Tradução livre do original em espanhol: “‘*Un poco de imprevisión*’: en los asuntos humanos, siempre habrá ‘una insignificancia’ que no podía preverse, lo estrictamente indispensable para derrotar la razón y provocar la locura en el individuo y los cataclismos en la sociedad. Naturalmente, el racionalista tiene todo el derecho a decir que, como a fin de cuentas la vida social es una urdimbre de hechos observables, de detalles comprobables y de sucesos recurrentes – y, por lo tanto, previsibles – las decisiones tomadas sobre la base del conocimiento de tales elementos serán, en cualquier caso, las mejores posibles dadas las circunstancias. Lo imprevisto o el error son límites, pero la existencia de límites no prueba que la razón falle.”

Ver CHIAROMONTE, Nicola. *La paradoja de la historia – cinco lecturas sobre el progreso: de Stendhal a Pasternak*; tradução do inglês de Eduardo Gil Bera. Barcelona: Acantilado, 2018, p. 111.

o custo financeiro do serviço da dívida de cada uma dessas alternativas; taxas de juros e de desconto de fluxos de caixa futuros; e, o retorno esperado sobre o recurso alocado.

Uma das decisões possíveis é a utilização dos recursos financeiros próprios da empresa para o custeio da demanda (elemento de direito-custo). Dependendo do nível de capitalização e da capacidade de geração de caixa da empresa, o resultado dessa decisão poderá levar ao *trade-off* de retardar, ou até mesmo de inviabilizar, o investimento na sua própria atividade empresária – ou no lado monetário, a depender do resultado do cálculo da EMgK.

Outra possível decisão será a utilização de recursos de terceiros – geralmente obtidos no mercado financeiro, via operações de endividamento, tradicionalmente bancárias, como empréstimos, financiamentos e emissão de dívida – para o custeio da demanda. Essa alternativa preserva o capital próprio e a geração de caixa para os investimentos em suas atividades. Por um lado, evita a necessidade de emissão de dívida para tanto. Naturalmente, por outro lado, essa decisão leva à formação de um passivo (endividamento com terceiros) e ao *trade-off* de despendido determinado custo financeiro no pagamento do serviço da dívida pela obtenção do *funding*.

Caso os recursos sejam provenientes de uma operação de *third-party funding*, via de regra, pela sua natureza *non recourse*, o custo não será atribuído como serviço da dívida (via pagamento de juros e recomposição do principal ao financiador, como em uma operação tradicional de endividamento). Senão, e geralmente, o *trade-off* se dá tão somente pela repartição de fração percentual do valor a ser percebido ao final do processo arbitral em caso de sucesso. Em caso de perda, ao contrário, o financiado não paga qualquer valor ao financiador – com quem repartiu o risco da disputa e que assumiu o risco do capital empregado na operação.

Além das razões econômicas e financeiras – de investimento, alocação de capital, distribuição de risco, preservação do fluxo de caixa – há, também, razões contábeis. Do ponto de vista contábil, não sobrecarrega o balanço patrimonial com a contabilização de um endividamento tradicional e com o serviço da dívida. Como o risco e a alocação do capital estão com o financiador, é no seu balanço patrimonial que estarão contabilizados. Para o financiado, a operação está, portanto, fora do seu balanço (*off-balance sheet* ou, simplesmente, *off-balance*).

A lógica microeconômica do financiado na utilização do *third-party funding* claramente se coaduna com a racionalidade instrumental da empresa que goza de boa saúde financeira. E que, diante dessa condição, tem a sua disposição opções para decidir como

custear um processo para a resolução de um direito em disputa. Esse raciocínio encontra amparo nas palavras de Shantanu Pachahara e Vikas Gandhi:

(...) Entidades com negócios e fluxos de caixa suficientes pretendem administrar razoavelmente o risco envolvido em uma arbitragem de alta magnitude, buscando suporte financeiro externo. De fato, o requerente pode ser ambivalente em alocar fundos para iniciar e conduzir o procedimento arbitral. Isso ocorre porque o procedimento arbitral é um evento altamente incerto e pode se tornar uma luta prolongada para recuperar os danos alegados. Obter a assistência do TPF permite que o requerente aloque o risco e o ônus dos altos custos relacionados à reivindicação buscada no procedimento arbitral ao financiador. Portanto, o TPF é uma opção atraente para uma empresa estabelecida devido às suas capacidades de gerenciamento de riscos e suporte financeiro.²⁹⁴⁻²⁹⁵

No entanto, a mesma lógica microeconômica não discrimina, nem afasta o caráter econômico-financeiro, nem a racionalidade instrumental, quando a operação se configura como a alternativa necessária para o acesso à justiça. Apenas o cálculo empresarial resultará da combinação de outras variáveis.

A empresa que busca amparo no financiamento da arbitragem por terceiros como ferramenta de acesso à justiça, muito provavelmente, não tem condições de se autofinanciar em uma disputa. Nem mesmo, de arcar com o serviço da dívida da contratação de operações tradicionais de endividamento sem prejuízo de sua manutenção. O maior imperativo na decisão de alocação de seus recursos escassos é a necessidade de manutenção de suas atividades produtivas e não o direito-custo no enfrentamento em uma disputa.

Ao comentar que essas empresas podem se retirar de um processo arbitral, ou nem mesmo iniciá-lo, se estiverem em risco de drenar seu caixa, Thibault de Boulle corrobora o aqui sustentado. E, complementa:

Nesse ponto, elas [empresas] estão fazendo um balanço do que geraria o maior dano: os problemas de fluxo de caixa com a consequente estagnação de seus negócios ou a retirada da reivindicação e a interrupção do procedimento de arbitragem. O TPF pode ser uma solução para esse dilema, dando às empresas a oportunidade de continuar seus negócios e prosseguir com a arbitragem. (...) Em outras palavras, o TPF permite que a parte alivie o risco financeiro e o custo dos procedimentos de seus balanços,

²⁹⁴ Tradução livre do original em inglês: “(...) *Entities having sufficient business and cash flows intend to reasonably manage the risk involved in arbitration of high magnitude by seeking external financial support. In fact, the claimant might be ambivalent to allocate funds for initiating and conducting the arbitral proceeding. It is since the arbitral proceeding is a highly uncertain event and might turn out to be a prolonged struggle to recover alleged damages. Taking the assistance of TPF allows the claimant to allocate the risk and burden of high costs relating to the claim sought in the arbitral proceeding upon the funder. Thus, TPF is an alluring option for an established business due to its risk management and financial support abilities.*”

²⁹⁵ PACHAHARA, Shantanu; e GANDHI, Vikas. ***Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: It is About Time for Regulations.*** *Conflict Studies Quarterly*, issue 41. Gujarat, India: 2022, p. 64.

transferindo os riscos para o financiador.²⁹⁶⁻²⁹⁷

Em qualquer dos casos, seja quando a empresa é econômica e financeiramente saudável e decide pelo *third-party funding* como medida de alocação ótima de capital; seja quando a operação se configura como a alternativa necessária para o acesso à justiça; a decisão reflete a lógica microeconômica clássica de maximização dos resultados possíveis e minimização dos prejuízos esperados no *trade-off* entre contratar ou não o financiamento.

Diante de tal lógica microeconômica, o *third-party funding* viabiliza à empresa, em quaisquer das situações em que se encontre, ingressar com uma demanda arbitral quando os incentivos e benefícios econômicos esperados excedam os custos e prejuízos calculados. Permite à empresa aproveitar uma opção economicamente racional que, de outra forma, poderia estar fora de alcance.

Em termos matemáticos, a racionalidade econômica da decisão pode ser expressada pela seguinte equação ' $(p*w) - c > 0$ '; ou seja, quando a probabilidade 'p' de o autor ganhar, multiplicada pelo valor 'w' em caso de vitória, menos os custos 'c' do processo (incluindo a fração destinada ao financiador) for maior que zero '0'.²⁹⁸

Dito de outra forma, significa a decisão racional pela escolha da opção que privilegie a maximização da utilidade na alocação ótima do capital próprio na finalidade empresarial e, em paralelo, custear uma demanda com *funding* de terceiros; e, a minimização da inutilidade ao reduzir as possibilidades de perda, tanto pelo custo de oportunidade caso alocasse recursos próprios, deixando de alocá-los na sua atividade, bem como pela minimização do custo financeiro devido à natureza *non recourse* do TPF, pela qual, em caso de perda, não paga qualquer valor ao financiador, com quem repartiu o risco da disputa.

De outra maneira, um pouco mais simplificada, porém ainda mais contundente, a decisão reflete o resultado das variáveis que compõem o cálculo empresarial para o mais importante dos *desiderata* da empresa: a preservação do lucro.

Importante ponderar que, além do lucro econômico-financeiro, há o que se pode

²⁹⁶ Tradução livre do original em inglês: “At that point, they are making a balance of what would engender the most damage; the cash flow issues with resulting stagnation of their business or withdraw their claim and stop the arbitration procedure. TPF can be a solution to this dilemma by giving the companies the opportunity to continue their business and proceed with the arbitration. (...) In other words, TPF allows the party to offload the financial risk and cost of the proceedings off their balance sheets by transferring the risks to the funder.”

²⁹⁷ DE BOULLE, Thibault. “*Third-Party Funding*” in *International Commercial Arbitration*. Master thesis of the education ‘Master of Laws’ – Faculty of Law, Universiteit Gent. Gent, Bélgica: 2013-14, p. 35-36.

²⁹⁸ BURKE, Cassandra. *The Impact of Third-Party Financing on Transnational Litigation*. Case Western Reserve University, School of Law Scholarly Commons, Faculty Publications, vol. 44. Ohio: 2011, p. 169.

chamar de lucro jurídico. “É de se notar que o lucro numa lide jurídica, mesmo quando a ‘vitória’ é completa, consiste no mínimo prejuízo tendo em vista o tempo de disputa”, conforme dito por Márcio Pugliesi.²⁹⁹

O tempo é variável de considerável importância para a empresa: seja para a maturação e o retorno de investimentos; para o resultado de fluxos de caixa projetados ou de sua antecipação; bem como, para a liquidação de um endividamento e do serviço da dívida. O *third-party funding* permite a otimização da variável tempo no *trade-off* entre o uso do capital próprio e dos recursos de terceiros, bem como entre a mitigação de riscos e o resultado esperado ao longo do tempo que leva um processo arbitral. Além disso, a possibilidade de o TPF viabilizar paridade de armas entre os contendores poderá levar à redução da variável tempo em caso de acordo entre as partes antes de uma sentença arbitral.

Outro ponto de interesse à aplicação da lógica microeconômica no financiamento da arbitragem por terceiros é sua relação com a Teoria dos Jogos. A partir de sua leitura sobre tal teoria e, com vistas à produção do que chama de uma “teoria de propensões”, Marcio Pugliesi explica que o conceito de otimização das decisões prevê que, para cada negociação, decisão, situação real, busca-se obter o valor máximo de lucro, ou o mínimo de perda.³⁰⁰ Traçando um paralelo entre este raciocínio e a lógica microeconômica, pode-se inferir que a minimização dos prejuízos e a minimização da inutilidade correspondem à ideia de que, ao perdedor, o menor dano é sempre a máxima vantagem.

Neste contexto de ideias, ainda que reparta parte dos ganhos em caso de sucesso em uma arbitragem, ainda assim, o recebimento de fração do valor em disputa (suposta perda, visto que menor do que se estivesse se autofinanciando) poderá ser a mais vantajosa decisão.

²⁹⁹ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 479.

³⁰⁰ A Teoria dos Jogos foi desenvolvida por John von Neumann e Oskar Morgenstern. Estudos posteriores são também encontrados nas obras de Anatol Rapoport, Antonia J. Jones e John Forbes Nash Jr.. É uma teoria elaborada a partir da lógica matemática que se ocupa da modelagem de situações complexas que envolvem a interação de múltiplos agentes, no mínimo dois, chamados de ‘jogadores’. Defende que, em tais situações, a decisão de um jogador é tomada levando-se em consideração as possíveis decisões a serem tomadas pelos outros jogadores. Assim, busca entender como agentes racionais tomam decisões em contextos de interação que envolvam cenários de conflito e competição ou, em alguns casos, que podem envolver cooperação. Portanto, se preocupa não com o estudo do cenário propriamente dito, mas com as condutas ótimas a serem seguidas em tal estado. Um dos principais resultados da Teoria dos Jogos é o Teorema conhecido como Minimax. Segundo esse teorema, há sempre uma solução racional para um cenário definido entre dois jogadores, cujos interesses são opostos. Nesse sentido, a otimização de decisões significaria obter para cada negociação o máximo da função lucro na negociação, ou o mínimo de perda, passando pela eliminação de escolhas e decisões inúteis. Via de regra, em situações de incerteza, o comportamento mais indicado consiste em eliminar aquelas que impliquem em maior perda. Ver PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 457-487.

Poderá levar à máxima vantagem diante do custo de oportunidade e possíveis retornos esperados da alocação ótima do capital próprio na atividade empresária em relação ao valor a ser atribuído ao financiador – o que se configura como o menor dano.

Sendo válido este raciocínio para os casos em que a empresa opta por contratar o *third-party funding* como instrumento financeiro, também o é (senão ainda mais), para os casos em que a operação se configura como a alternativa necessária para o acesso à justiça. Em tais casos, nos quais o maior imperativo na decisão de alocação de seus recursos é a necessidade de manutenção de suas atividades produtivas e não o custo de enfrentar uma disputa, o financiamento *non recourse* levará à decisão mais vantajosa. A possibilidade de receber algum valor em decorrência do sucesso de uma disputa, ainda que repartido com o financiador, sem o dispêndio de recursos – o que levaria à alocação não-racional ou antieconômica do seu capital – configura-se como o menor dano.

Ambos os casos levam ao entendimento de que o lucro é função almejada na contratação do *third-party funding*. Diante disso, duas conclusões são possíveis: a decisão econômica racional pelo financiamento acaba sendo aquela que seja capaz de minimizar o prejuízo e, em consequência, ampliar o lucro; e, mesmo nos casos em que se recorre ao TPF como (reitera-se, inquestionável) mecanismo de acesso à justiça, assim se o faz diante de ponderações não somente de ordem jurídica; também de ordem extrajurídica, no caso, vislumbrando-se a propensão à obtenção não só de justiça, senão, também, do menor dano e de algum lucro.

3.1.2.2 A lógica microeconômica do financiador

Já foi aqui sustentado que o encontro das razões individuais para contratação do financiamento por uma parte (o financiado) e para a concessão do financiamento por um terceiro (o financiador) ecoa na formação e consolidação do mercado de TPF na economia. Como também tratado, ainda que o financiador possa ser um investidor individual, ou um grupo investidor (os quais, em muitos casos, concederão o financiamento de maneira não profissionalizada, ou não empresária), esta não é a configuração usual.

Em sua configuração mais usual, o financiador profissional (*fund raiser funder*) será uma empresa cujo campo de atuação se dá no lado financeiro-monetário da economia – envolvendo operações de investimento e financiamento com ativos financeiros e monetários, de natureza bancária ou não, tradicionais, complexos e especiais (*special situations*). Para o exame da lógica microeconômica do financiador, em qualquer das configurações da operação

(*non recourse, single case* ou *portfolio financing* e, até mesmo nos casos *not-for-profit third-party funding*) importa a empresa privada como a unidade econômica individual por excelência.

Sustenta-se, também, sob a ótica da economia, especialmente da lógica microeconômica, que é da natureza da empresa, como instituição econômica, o objetivo de persecução do lucro. Este é o caso do financiador profissional, cuja atividade empresária consiste na concessão de financiamento e na composição de investimentos em ativos financeiros (ou de natureza monetizável) como atividade-fim. Tal qual para a empresa financiada, o lucro é a expressão máxima da atividade empresária do financiador, o que lhe permite a sua continuidade e crescimento por meio de sua capitalização como reinvestimento na própria atividade.

Como um espelho do financiado, o financiador está inserido no mesmo regime econômico capitalista. Está diante da mesma liberdade de iniciativa e competição, norteados pelos postulados da autonomia das vontades na contratação, da autorregulação dos interesses – observados os limites e raias traçadas pela ordem positiva – e da equalização das condições de atuação das partes.

O financiador, em sua atividade principal, está ocupado com o atendimento das demandas de mercado por crédito, com a concorrência, com a otimização no aproveitamento das ofertas de investimento e com o lucro resultante. Em sua atividade, entende, por investimento, a alocação de capital em ativos financeiros e monetizáveis que lhe permita gerar ganhos de capital com o objetivo de obtenção de lucro.

A ação empresarial do financiador é, também, naturalmente, pautada por uma lógica econômica racional-instrumental. De um ponto de vista estritamente econômico, é caracterizada pela ponderação dos riscos e pelo custo de oportunidade na alocação de seus recursos. Em um paralelo possível, dentre outras metodologias de cálculo disponíveis, a avaliação e decisão de alocação de capital dependerá do resultado do cálculo da EMgK, resultando na decisão de investir em um ativo ou em outro.³⁰¹

É exatamente essa lógica de ação e decisão que leva às possibilidades de concessão do financiamento da arbitragem pelo financiador. O valor que será percebido pelo financiado em uma operação de financiamento, será, de maneira espelhada, tratado pelo financiador como

³⁰¹ Em economia e finanças, várias podem ser as metodologias para o cálculo da decisão de investimento e do ponto de equilíbrio entre risco e retorno, além da EMgK, tais como: Valor Presente Líquido – VPL (*Net Present Value – NPV*), fluxo de caixa descontado (*discounted cash flow*), Modelo de Precificação de Ativos de Capital (*Capital Asset Pricing Model – CAPM*).

uma operação financeira de investimento no mercado de ativos de crédito, em uma modalidade de ativos especiais – justamente devido à natureza *non recourse*. Em caso de insucesso de uma demanda em disputa, o financiador não receberá qualquer valor, pois nada lhe será pago pelo financiado – visto que assumiu o risco do capital empregado na operação ao repartir o risco de insucesso da disputa com o financiado.

Conjugando-se as razões econômicas e jurídicas do financiamento-investimento, o motivo mais comum para a rejeição de uma potencial oportunidade por um financiador vai além da preocupação com os méritos jurídicos do caso. Reside na preocupação de que o valor da disputa ou, pelo menos, o valor realista a ser recuperado ou o valor provável de um potencial acordo, não seja suficiente para justificar o nível de investimento necessário para financiar a arbitragem.³⁰²

De maneira distinta da lógica microeconômica do financiado, a concessão do *third-party funding* pelo financiador não necessariamente depende da boa saúde financeira do financiado. A natureza jurídica de uma decisão arbitral executável como ativo monetizado e a característica econômica *non recourse* da operação implicam a ausência de correlação entre a saúde financeira do financiado e o resultado de uma disputa. É o que se costuma denominar de ativo descorrelacionado.

Isso significa que o resultado a ser percebido pelo financiador não depende da capacidade de pagamento do financiado. Depende do fator tempo do processo arbitral, de uma decisão favorável da disputa em favor do financiado; da possibilidade de acordo entre os contendores no curso do processo arbitral; que a decisão ou o acordo sejam executáveis³⁰³ e conversíveis em pecúnia; e, finalmente, da capacidade de pagamento pela contraparte perdedora. Por isso, dentre os critérios de análise de risco da operação, um de fundamental importância é a avaliação da capacidade de pagamento da contraparte.

Sustenta-se, também, que a mesma lógica microeconômica não discrimina, nem afasta o caráter econômico-financeiro quando a operação se configura como a alternativa necessária para o acesso à justiça. Nem mesmo o cálculo financeiro da oportunidade de investimento será distinto do caso em que o financiador invista no financiamento para uma empresa financeiramente saudável.

A decisão pela concessão do financiamento respeita a análise de crédito e de risco

³⁰² *INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration*. Londres: ICCA Reports, 2018, p. 25.

³⁰³ Não apenas nos casos de execução de arbitragens domésticas. Também, e significativamente, nos casos de arbitragens internacionais com base em tratados que prevejam o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, tal como a Convenção de Nova Iorque de 1958.

empreendida pelo financiador, especialmente diante do cálculo das probabilidades de sucesso no resultado da disputa e das condições para o recebimento de tal valor. A necessidade da empresa que busca amparo no financiamento da arbitragem por terceiros como ferramenta de acesso à justiça, sem prejuízo da manutenção de suas atividades, durante o tempo de enfrentamento em uma disputa, não afasta o caráter financeiro, nem a racionalidade instrumental do fenômeno.

Reflete a lógica microeconômica clássica de maximização dos resultados possíveis e minimização dos prejuízos esperados no *trade-off* entre investir ou não no financiamento da parte litigante. Dito de outra forma, significa a decisão racional pela escolha da opção que privilegie a maximização da utilidade na alocação ótima de investimento do capital próprio e a minimização da inutilidade ao reduzir as possibilidades de perda mediante análise detalhada das variáveis jurídicas e extrajurídicas para a solução do caso em arbitragem. Em outras palavras, o *trade-off* se dá entre o lucro esperado sobre o valor do financiamento concedido e o risco de perda da integralidade do capital investido.

Em termos matemáticos, a racionalidade econômica da decisão pode ser expressada tanto pela equação simplificada $(p*w) - c > 0$ ³⁰⁴, como pela seguinte: $i < (r*e*p_i) / p_r$; no caso, o investimento 'i' será realizado quando for menor que a razão entre o valor esperado 'r' que o autor ganhará, multiplicado pela chance de êxito 'e', multiplicado pela parcela 'p_i' correspondente à fração destinada ao financiador, e a proporção 'p_r' esperada entre investimento e retorno (equivalente ao lucro esperado na operação).³⁰⁵

O retorno esperado pelo financiador é determinado caso a caso e varia entre os financiadores. É calculado por equações próprias, adequadas em conformidade com suas estratégias individuais de investimento. Depende, ainda, da fase em que o financiamento foi concedido, se previamente ao processo arbitral, em sua instauração, ou em seu transcurso.

O retorno também depende do fator tempo, ou seja, pode ser calculado proporcionalmente dependendo da fase do processo arbitral em que o caso for resolvido ou em que seja concluído mediante um acordo. Isso implica em que o retorno do financiador poderá ser menor se a disputa for resolvida antecipadamente, mas aumentará ao longo do processo arbitral. Tal estrutura assegura ao financiador que o retorno seja proporcional ao risco do capital efetivamente desembolsado de acordo com a fase e/ou com a duração do processo arbitral.

³⁰⁴ Esta equação é a mesma apresentada na seção 3.1.2.1 A lógica microeconômica do financiado.

³⁰⁵ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. **Arbitragem e financiamento por terceiros**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 52.

Existem várias maneiras de calcular a parcela final que o financiador receberá. O valor pode ser baseado em uma porcentagem do valor da condenação final³⁰⁶, ou em um múltiplo do investimento inicial³⁰⁷ feito pelo financiador. O método escolhido poderá ser uma combinação de ambas as abordagens, permitindo uma alocação equilibrada e equitativa dos recursos e resultados entre financiado e financiador.

Em qualquer caso, a análise tende a ser conservadora ao avaliar o valor em disputa. Geralmente, o financiador concentra-se em identificar qual será o valor realista ou o valor mínimo provável como resultado da demanda, em oposição ao valor máximo potencial (mas, inerentemente, mais especulativo) da reivindicação. Em última análise, os casos mais desejáveis são aqueles que têm um valor realista muito alto como resultado da demanda, bem como elevada chance de êxito e alta proporção de retorno entre o valor de custo da arbitragem e o montante a recuperar na disputa.³⁰⁸

Não obstante, diante da própria lógica e racionalidade econômica do financiador, demandas com reduzidas chances de êxito também podem ser financiadas. Uma demanda com baixa probabilidade de êxito, porém, de alto valor realista, pode ser atrativa.³⁰⁹ Dependerá do apetite pelo risco inerente, do fator tempo, da fase do processo arbitral, do montante a ser investido e do potencial de retorno sobre o capital empregado.

Sustenta-se que a modelagem da estruturação de um financiamento-investimento ainda resulta em um valor intangível significativamente positivo tanto para o financiador quanto para o financiado. Esse raciocínio encontra respaldo nas palavras de Francesca Mastragostino:

Uma estruturação meticulosa, independentemente do método escolhido, permite alinhar os interesses e promover um acordo equitativo e

³⁰⁶ Essa porcentagem do valor da condenação final poderá ser calculada a partir da análise conjugada entre a EMgK, o custo de oportunidade e a Taxa Interna de Retorno – TIR (também amplamente conhecida em finanças pelo seu acrônimo em idioma inglês – *IRR – Internal Rate of Return*) que corresponde à taxa de desconto em que o valor presente do fluxo de caixa futuro de um investimento se iguala ao custo do investimento. Quando excede o retorno exigido, o investimento é aceitável. Ver DOWNES, John e GOODMAN, Jordan Elliot. **Dicionário de termos financeiros e de investimento**. tradução de Ana Rocha Tradutores Associados. São Paulo: Nobel, 1993, p. 241

³⁰⁷ Múltiplos do Capital Investido (*Multiples of the Invested Capital – MoIC*) é um termo de finanças usado, originalmente, para avaliar o desempenho de empresas de *private equity*. É reconhecido por sua ênfase no desempenho absoluto de um fundo de investimento. No entanto, é importante destacar que ele examina apenas a rentabilidade absoluta de um investimento, sem levar em consideração o prazo do investimento. Por esse motivo, no contexto do TPF, é importante estimar cuidadosamente o fator tempo na duração do processo arbitral a fim de distribuir o *MoIC* adequadamente. O *MoIC* poderá ser progressivamente escalonado em função da duração do processo arbitral.

³⁰⁸ *INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration*. Londres: ICCA Reports, 2018, p. 25-26.

³⁰⁹ BURKE, Cassandra. *The Impact of Third-Party Financing on Transnational Litigation*. Case Western Reserve University, School of Law Scholarly Commons, Faculty Publications, vol. 44. Ohio: 2011, p. 171.

prudente entre as partes envolvidas no financiamento da arbitragem.³¹⁰⁻³¹¹

No contexto da Teoria dos Jogos e do Teorema do Minimax, o valor a ser percebido pelo financiador, em caso de sucesso do financiado em uma arbitragem, será a mais vantajosa decisão. Poderá levar à máxima vantagem diante do custo de oportunidade e possíveis retornos esperados da alocação ótima do capital ao invés de investi-lo em outros ativos de mercado. Ao considerar-se uma decisão arbitral como um ativo especial, alternativo e, portanto, descorrelacionado com os efeitos conjunturais de mercado na economia, o eventual insucesso e consequente perda da integralidade do valor investido se configura como o menor dano comparado aos riscos de perda em outros ativos correlacionados.

Este raciocínio é válido tanto para os casos em que o financiador realiza a operação de *third-party funding* com uma empresa que o contrata como instrumento de administração financeira, como também o é para os casos em que a operação se configura como a alternativa necessária para o acesso à justiça.

Ambos os casos levam ao entendimento de que o lucro é função almejada na concessão do *third-party funding*. Diante disso, duas conclusões são possíveis: a decisão econômica racional do financiamento-investimento acaba sendo aquela que seja capaz de minimizar o prejuízo e, em consequência, ampliar o lucro em comparação com o custo de oportunidade de investir em outros ativos; e, mesmo nos casos em que se concede o TPF como mecanismo de acesso à justiça, assim se o faz diante de ponderações essencialmente de ordem extrajurídica, no caso, econômico-financeiras, vislumbrando-se a obtenção de lucro no investimento.

Com isso, não se quer dizer que não haja espaço na avaliação do investimento pelo financiador no TPF como (reitera-se, inquestionável) mecanismo de acesso à justiça. Não que o aspecto de promoção do acesso à justiça seja negligenciado. No entanto, sustenta-se que tal finalidade não faz parte do rol de critérios objetivos na avaliação do investidor.

Contudo, sustenta-se que a concessão do TPF, mesmo quando destes casos, não deixará de priorizar a racionalidade-instrumental na estruturação e cálculo da viabilidade econômico-financeira do financiamento da arbitragem. Não deixará de executar minuciosa análise risco-retorno, nem de avaliar as probabilidades jurídicas de sucesso da demanda, com vistas ao objetivo de lucro na operação – sob pena de, ao contrário, configurar uma alocação não-

³¹⁰ Tradução livre do original em inglês: “*Such meticulous structuring, regardless of the selected one, serves to guarantee that it aligns the interests of all parties involved throughout the litigation process and supports equitable and prudent settlements.*”

³¹¹ MASTRAGOSTINO, Francesca. *Third-party funding in international arbitration: the funder’s perspective*. *Les dossiers du blog de l’arbitrage, Club de l’arbitrage, Centre de Droit Économique, Aix-Marseille Université*. Aix-en-Provence: 2022, p. 9.

racional ou antieconômica do seu capital. Esta é uma visão essencialmente pragmática, como usualmente é a lógica de investimento – *keine romantischen gefühle*.³¹²

Por outro lado, não se negligencia uma das modalidades do TPF que, esta sim, mais se aproximaria de uma função social no financiamento de disputas com objetivos altruístas – o que pode englobar a situação de acesso à justiça, ou outros interesses. Trata-se da modalidade de financiamento sem fins lucrativos (*not-for-profit third-party funding*). Nesta modalidade, o financiamento tem natureza gratuita, de doação não onerosa.

Nos casos de *not-for-profit third-party funding*, a hipótese de insucesso já está prevista na assunção do risco e, dentre as razões para a concessão do financiamento, não está o retorno sobre o capital investido – ao menos, não diretamente no financiamento do caso em questão. O investidor financia a demanda norteado por interesses sociais ou políticos. É também o que ocorre quando se busca estabelecer princípios que podem ser aplicáveis em casos semelhantes ou em contextos que envolvam *amicus curiae*.³¹³ Não se pode olvidar, todavia, que possa existir algum interesse futuro, em outros casos, que se aproveitem de decisões e princípios na forma de construção jurisprudencial e *case law*.

3.2 A cultura do financiamento da arbitragem por terceiros

Já foi aqui sustentado que a cultura não se apresenta por si só.³¹⁴ É um sistema adaptativo, constituindo-se em um todo complexo, uma realidade dinâmica, em processo, que não opera isoladamente.

É conexa a um plano de concreção, o plano civilizatório, no qual se dá a materialidade de sua realização. A civilização, portanto, marca a capacidade de tornar concretas as aspirações e indicações surgidas na cultura. Representa a totalidade de realizações concretas que a cultura tenha prefigurado.

O campo da cultura acumula o que é de longo prazo e ainda não concretizado (o *projectum*); o campo da civilização encerra o que se tornou, ou se apresentou, o construído (o *objectum*). Cultura e civilização se entrelaçam em relação geradora mútua: projetos gerados e gestados no âmbito da cultura são materializados no âmbito da civilidade pela concreta ação

³¹² Sem sentimentos românticos; em tradução livre do alemão.

³¹³ Este tema também foi explorado no capítulo um deste trabalho, especificamente nas seções 1.2 Financiamento de litígios e 1.3.1 Modalidades do financiamento da arbitragem por terceiros.

³¹⁴ O tema da cultura foi amplamente explorado no capítulo dois deste trabalho, especificamente na seção 2.4 Cultura, civilização e Direito, como base para justificar a visão defendida neste trabalho de que existe uma cultura própria ao fenômeno do financiamento da arbitragem por terceiros.

de instaurar novas situações.

As projeções oriundas da cultura encontram suas possibilidades, realizações e limitações na objetividade da civilização. A civilização atualiza os projetos da cultura pela ação a partir das situações de lá partidas e, gradativamente, aqui realizadas pelos atos dos operadores sociais na transformação das estruturas existentes a fim de viabilizar as situações (lá e aqui) desejadas. Essa relação é marcada por um processo de alimentação e retroalimentação.

A relação dialógica e dialética entre cultura e civilização permite enxergar o financiamento da arbitragem por terceiros como um fenômeno que pode ser posicionado em ambas as esferas. O *third-party funding* pode ser contextualizado como um dos projetos (*pro-jectum*) gestados na cultura; pode, ainda, ser considerado como um dos objetos (*ob-jectum*) materializados na civilização por meio de seus resultados, tornando concretas as aspirações surgidas no campo da cultura.

O *third-party funding* é, comumente, considerado um instrumento, uma ferramenta, um mecanismo de natureza econômico-financeira nascida no mercado. Recorde-se, que o mercado é um construto teórico – na prática, é o *topos* que manteve e ampliou sua influência como matriz estruturante da vida da humanidade extrapolando as fronteiras nacionais. Diante disso, pode-se presumir que, naturalmente, seja um dos *ob-jectum*, materializado no plano das realizações civilizatórias.

Além de instrumento, de ferramenta, sustenta-se que o *third-party funding* é um fenômeno, um elemento que, ainda que nascido no seio do mercado, assim foi concebido como resultado de um dos *pro-jectum*, de um dos projetos gestados no âmbito da cultura. Dito de outra forma, a concreta instauração de novas situações no campo da civilização acaba, por sua vez, estabelecendo novas possibilidades para a cultura, num processo de alimentação e retroalimentação na realidade dinâmica entre cultura e civilização.

Em uma abstração possível, neste sentido, uma necessidade, uma demanda de mercado pelo financiamento de demandas é materializada pela criatividade de agentes econômicos e operadores sociais em uma ferramenta que se realiza no campo civilizatório, mas reflete anseios e aspirações de longo prazo no âmbito cultural – seja o princípio do acesso à justiça, como inquestionável valor jurídico e social; seja o desenvolvimento econômico e empresarial, pela ampliação de investimentos e do acesso à crédito, pela redução de externalidades, de ineficiências e do direito-custo, pela maior circulação de capitais e alocação ótima de recursos escassos.

O *third-party funding* transita em ambas as esferas do sistema adaptativo da cultura (e civilização). Por via de estratégias consolidadas em políticas, ao longo da história, a ação humana estabelece o vínculo entre os dois campos. Uma ponte de relações, interações e transações entre os agentes, em um processo estruturante, assumindo, assim, natureza política.

A relação dialética entre cultura e civilização evidencia, em um aspecto macrossistêmico do ordenamento jurídico, a vinculação do acesso à justiça como um projeto no campo da cultura. Em um aspecto microssistêmico, a sua efetiva realização pela utilização do *third-party funding* para a concretização do acesso a um processo arbitral justo. Em semelhante raciocínio, em um aspecto macrossistêmico, está o caráter econômico-financeiro e a lógica econômica racional-instrumental tanto da utilização, quanto da concessão do *third-party funding*. Em um aspecto microssistêmico, a sua concreção na efetividade do contrato de TPF, no desejado retorno lucrativo, repartição de riscos e alocação ótima de capital com base na lógica econômica e do Minimax.

Ao direito, é necessariamente (e desejável que assim o seja) a leitura do *third-party funding* como capital cultural (e código cultural) adequado para viabilizar o atendimento ao princípio do acesso à justiça, independentemente de qualquer sobreposição entre cultura e estrutura da realidade social. À economia e às finanças, também como projetos e objetos do sistema adaptativo da cultura, o capital econômico e o código cultural permitem a adoção do *third-party funding* como elemento de coordenação entre a situação e a ação empresarial (finalmente, humana) no sentido da redução de assimetrias: em suas transações – mediante a avaliação do custo de oportunidade na alocação ótima de seus recursos; bem como a redução de assimetrias entre contendores sofisticados no processo arbitral – mediante a viabilização financeira para uma condição de paridade de armas.

É quase intuitivo que, notadamente, o capital econômico impacta em melhores condições de litigar e na concretização do acesso a uma ordem jurídica justa. Já o capital cultural impacta na ação racional e não aleatória da escolha consciente do *third-party funding* tanto por aqueles atores que o buscam como uma via (talvez até a única) de acesso à justiça, quanto por aqueles que o buscam não pela falta de recursos, porém, como medida de alocação de capital e de mitigação de riscos.

Diante de tal contexto, a utilização do *third-party funding* como mecanismo de acesso à justiça poderia ser interpretada como um direito decorrente da ‘ordem natural’ do estado das coisas. Ao passo que, a utilização de tal mecanismo por aqueles agentes que o buscam como estratégia financeira, poderia ser interpretado sob a lógica de uma ordem criada e projetada a

partir da lógica econômico-financeira promovida e ordenada pela cultura a ser materializada no campo da civilização.

Sustenta-se que não há razão para qualquer entreechoque de perspectivas decorrentes de percepções acerca do paradigma do acesso à justiça e da existência de uma cultura própria do *third-party funding*. Ao contrário, porquanto, inclusive, complementares.

De qualquer forma, caso alguma contradição pretendesse ser levantada, corresponderia a uma questão essencialmente política. Questão essa a ser resolvida no domínio do relacional, no seio de processos culturais nacionais e transnacionais que se influenciam mutuamente, coordenados por um direito relacional – fruto de diferentes delineamentos e configurações – com vocação para lidar com a crescente complexidade das relações em um mundo de contatos entre estruturas e culturas heterárquicas.

Em vista desse raciocínio, sustenta-se, finalmente, que o paradigma do acesso à justiça é parte indissociável da cultura. Sendo um de seus anseios, no coração de seus projetos, parte da existente cultura própria do *third-party funding*.

3.2.1 A cultura na mudança de paradigma do acesso à justiça no financiamento da arbitragem por terceiros

O princípio do acesso à justiça e seu valor intrínseco para o ordenamento jurídico e social já foi amplamente aqui tratado.³¹⁵ Em escorço histórico, foi abordado que a atividade comercial era a única possibilidade de investimento em tempos em que a Igreja exercia a interdição de empréstimos remunerados com juros. O lucro era visto com severas ressalvas.

Da época em que se recapitulam os primórdios do financiamento de litígios por terceiros, a principal consequência era a incidência nas práticas *maintenance e champerty* – como decorrência de abusos nos casos de financiamento ou assistência financeira prestados pelo senhor feudal ao litigante. O objeto, no campo da civilização, consistia em evitar o desvirtuamento do processo pela participação de terceiros sem interesse legítimo em processos alheios. O projeto, no campo da cultura, consistia em impedir que a força do poder econômico exercesse efeitos nefastos em demandas, tanto por motivos políticos, quanto meramente financeiros.

³¹⁵ O tema do acesso à justiça foi amplamente explorado no capítulo dois deste trabalho, especificamente na seção 2.3 Acesso à justiça como princípio fundamental do ordenamento jurídico e de importante relevo para o estudo e utilização prática do TPF. A referida seção específica ainda teve o propósito de pavimentar o caminho para o estudo da cultura com o fim de justificar a visão defendida neste trabalho de que existe uma cultura própria do financiamento da arbitragem por terceiros.

O financiamento por terceiros era, em tal contexto histórico, generalizadamente visto como pernicioso ao ordenamento jurídico e social. Sua proibição era justificável diante de possíveis danos irreparáveis à efetiva realização da justiça, ao equilíbrio das partes em conflito (justamente, por até mesmo causar o desequilíbrio) e pelo risco inerente de servir de instrumento de opressão das partes menos favorecidas.

No entanto, o transcurso da história – como liame entre a cultura e a civilização – operou uma inflexão do entendimento e aplicação do princípio do acesso à justiça, especialmente em relação à arbitragem. Precisamente porque a história não se faz por rupturas, nem por origens – os fatos se entrelaçam entre o novo e o passado – um largo interregno se faz necessário para que uma nova concepção de mundo se estabeleça como cotidiana, como parte de uma continuidade construída.³¹⁶

No sistema arbitral, esse princípio deve ser entendido como a concretização do direito de acesso a um processo arbitral justo, por via de acesso que não ofenda à ordem pública. No ordenamento jurídico, a justiça não se dá apenas no âmbito do direito, mas por meio de condições extrajurídicas que possibilitem um direito justo.³¹⁷ Condições essas que resultam do encontro entre as ciências do direito e da economia, umbilicalmente ligadas³¹⁸ e, também, da política e da cultura.

Houve, como decorrência natural, uma mudança de paradigma com relação ao financiamento da arbitragem por terceiros. Portanto, desde que assegurado respeito à ordem pública, em geral, não há qualquer vedação ao financiamento por terceiros no sistema arbitral.

Entende-se que essa mudança de paradigma resultou da atualização dos projetos no campo da cultura pelos objetos no campo da civilização. A necessidade, a demanda de mercado pelo financiamento de disputas, acabou por refletir-se na mudança do paradigma.

No sopesamento entre valores e riscos, passou-se a entender que a incapacidade ou impossibilidade financeira da parte impacta a concretização do acesso a uma ordem jurídica justa. Recorrer ao *third-party funding* passou a ser considerado como solução apropriada para tal problema.

A cultura própria do *third-party funding* se reflete na civilização como instrumento de

³¹⁶ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 185.

³¹⁷ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito, poder e opressão**. 2.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1984, p. 102.

³¹⁸ DELLOVA, Renato Souza. **Relações Econômicas: empresas e teoria do risco**. in GUIMARÃES, Antonio Márcio da Cunha e FERREIRA, Carolina Iwancow. (Organizadores). **Desafios empresariais e seus reflexos jurídicos**. 1.ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 218.

concretização dos valores de libertação e liberdade. Nas palavras do *Lord Justice Jackson*, em 2009 (no chamado *Jackson Report*):

O financiamento por terceiros provê um meio adicional de financiamento de litígios e, para algumas partes, o único meio de financiamento de litígios. Assim, o financiamento por terceiros promove o acesso à justiça.³¹⁹⁻³²⁰

Também, no contundente pronunciamento do *Lord Justice Neuberger*, Presidente da Suprema Corte Inglesa, em 2013:

A lógica da ordem pública em relação à *maintenance* e *champerty* deu uma reviravolta. Originalmente, sua proibição era justificável como um meio de ajudar a garantir o desenvolvimento de uma sociedade inclusiva e pluralista, regida pelo Estado de Direito. Agora (...) o exato inverso da proibição é justificado pela mesma razão. O argumento (...) parece apoiar positivamente o desenvolvimento do financiamento de litígios como meio de garantir o acesso efetivo à justiça.³²¹⁻³²²

Ainda, nas palavras conclusivas de Cláudio Finkelstein, “o *third-party funding*, mecanismo que serviu de instrumento à manipulação e opressão, passou a servir de instrumento à liberdade.”³²³

Sob essa perspectiva, o *third-party funding* serve, também, ao propósito de permitir às partes maior paridade de armas, um acesso equilibrado à solução de conflitos pela redução de eventuais assimetrias competitivas decorrentes de suas vantagens e desvantagens estratégicas em situação de litígio.

A cultura própria do *third-party funding* pavimentou o caminho para sua exploração, no plano civilizatório, como atividade empresária de natureza financeira, naturalmente, com o viés de resultado lucrativo. Sustenta-se que o projeto no campo da cultura foi atualizado para comportar não somente o acesso à justiça; também, o desenvolvimento econômico e empresarial, a ampliação de investimentos e do acesso à crédito, a maior circulação de capitais

³¹⁹ Tradução livre do original em inglês: “*Third party funding provides an additional means of funding litigation and, for some parties, the only means of funding litigation. Thus, third party funding promotes access to justice.*”

³²⁰ JACKSON, Rupert. *Review of Civil Litigation Costs: Final Report 2009* – Chapter 11. *Third-party funding*. London: Crown, 2010, p. 117.

³²¹ Tradução livre do original em inglês: “*The public policy rationale regarding maintenance and champerty has turned full circle. Originally their prohibition was justifiable as a means to help secure the development of an inclusive, pluralist society governed by the rule of law. Now (...) the exact reverse of the prohibition is justified for the same reason. The argument (...) appears positively to support the development of litigation funding as a means of securing effective access to justice.*”

³²² NEUBERGER, David. *From Barretery, Maintenance and Champerty to Litigation Funding*. *Harbour Litigation Funding First Annual Lecture* 8 May 2013, p. 20-21.

³²³ É o quanto concluiu Cláudio Finkelstein em cátedra própria no curso de Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

e a alocação ótima de recursos escassos.

3.2.2 A hibridação do papel do Direito no sistema da cultura e o financiamento da arbitragem por terceiros

O Direito representa papel fundamental na intersecção entre as esferas da cultura e da civilização, dos projetos e dos objetos. Não só na intersecção, mas também em sua relação e correlação no processo sócio-histórico de alimentação e retroalimentação.

O Direito, e a ação de seus operadores, conforma e delimita o âmbito dos projetos – produzidos na esfera da cultura (efetividade) – mediante a concretização dos textos legais – pela hermenêutica, parte própria da política – no plano da civilização (eficácia).³²⁴ Participa do processo de construção, transformação e autotransformação da sociedade como mediador de experiências e expectativas – idealizadas e projetadas na cultura, materializadas e realizadas na civilização e que retroalimentam esse próprio sistema adaptativo complexo – nas estruturas criadas pela sociedade. Opera na estabilização das expectativas, viabiliza comportamentos e a sociabilidade, com o propósito de reduzir a complexidade sistêmica do sistema social – dentro de uma dimensão temporal aberta entre presente e futuro, em um ambiente de dissolução de fronteiras na sociedade global.

O Direito assume novos e diferentes contornos e formas em uma sociedade fragmentada globalmente diante da crescente complexidade das relações, interações, invenções e produção de conhecimentos. Trata-se de um processo que ocorre, em particular, pela interligação de questões jurídicas, técnicas, econômicas e culturais. Tudo isso, em um ambiente global de enredos com semânticas sobrepostas, normatividades híbridas ou multinormatividade.

A produção e reprodução do Direito na sociedade global se funde na consolidação gradual de uma racionalidade caracterizada pela cultura do contato no tecido social das operações jurídicas. Sob essa perspectiva, o Direito assume um caráter híbrido e se conecta com a própria sociedade. Como já citado (parafrazeando renomados doutrinadores), a cultura torna-se a companheira constante do Direito; e a sua institucionalização é inerente ao processo civilizatório.

Os processos da sociedade mundial, especialmente os concernentes aos fatos e atos econômicos, são mais rápidos do que a realidade do Direito e da política que tentam alcançá-

³²⁴ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista**. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 251-252.

los. O Direito, contudo, não é redutível ao determinismo econômico. É, porém, um direito cada vez mais híbrido e inserido em práticas sociais.

Em particular, isso resulta em uma necessária abertura do sistema jurídico à produção de conhecimento social, de modo que a normatividade jurídica seja produzida em uma estrutura de fatores que são legais e extralegais (em sentido estrito). “Não apenas muda a geração de conhecimento, mas possivelmente também nossa compreensão da economia política e dos mercados comerciais”, consoante Ricardo Campos.³²⁵

Esse é o caso do fenômeno do *third-party funding*. Seja como princípio de acesso à justiça, como inquestionável valor jurídico e social; seja como vetor de desenvolvimento econômico e empresarial, sob a ótica da economia política. É produto da intervenção humana, na relação entre cultura e civilização, viabilizada por habilidades, conhecimentos, recursos disponíveis e, em última análise, interseccionada e intermediada pelo direito. Sobretudo, pela ambição de estendê-lo para finalidades previamente não testadas (recorde-se a sua rejeição no plano histórico passado) – como o caso de, efetivamente, tanto promover o acesso à justiça, quanto o lucro em uma transação – em uma estrutura de fatores legais e extralegais.

Em nível global, o Direito emerge do emaranhado entre si mesmo, sociedade, cultura, novas tecnologias e modelos econômicos, em vez de, puramente, partir de Estados nacionais. A normatividade do Direito Global passa a refletir um entrelaçamento de conhecimentos de organizações multilaterais e de organizações privadas e seus regimes de conhecimento temático e setorial. A transnacionalidade do Direito é uma consequência disso.³²⁶

Gunther Teubner situa o Direito na sociedade global como um produto indireto de processos globalizados de diferenciação social. Entende que o Direito não é derivado, mas inferido a partir de contextos heterárquicos. Enxerga um nível de ordens transnacionais na forma de processos de socialização cujo desenvolvimento é baseado em regimes privados. Afirma que a construção do Direito a partir desses regimes privados não corresponde a simples

³²⁵ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 21-22 e 31.

³²⁶ A transnacionalidade do Direito corresponde às chamadas relações transnacionais – relações que transcendem simultaneamente as fronteiras nacionais e pressupõem a participação multilateral de competência das esferas nacionais e instituições internacionais. Trata-se da confluência de regimes e subsistemas jurídicos que geram um Direito Global, a base da multidimensionalidade do pluralismo jurídico global. Evidencia a primazia da diferenciação funcional de regimes e subsistemas jurídicos. Por esta lógica, o Direito passa a ser visto não apenas como produto da territorialidade, de demarcações espaciais, emanado do Estado hierarquicamente organizado. Emerge de um contexto de demarcação de significados dentro da sociedade. Reflete um “pensamento em regimes”, apontando para processos de formação de estruturas sociais como a *lex mercatoria*, a *lex finanziaria*, a *lex constructionis*, o direito transnacional da internet. Ver CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre Direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 35-40; 52-60; 76-81; 88-100; e, 133-141.

juridificações, mas a processos reais de construção:

O foco da formação do Direito está mudando para regimes privados, para contratos entre atores globais, regulação do mercado privado por empresas multinacionais, elaboração de regras internas em organizações internacionais, sistemas de negociação interorganizacionais, processos de padronização global.³²⁷

Ao tratar de uma ordem jurídica internacional, Carlos Roberto Husek, afirma:

É fato que, embora dentro da ordem jurídica internacional considerem-se todos os aspectos da vida da sociedade internacional, como o social, o econômico, o jurídico, o cultural etc., é fato que nas relações entre os entes internacionais predomina, hoje, o aspecto econômico.

Tal se dá porque, no Direito Interno, o mesmo fenômeno acontece. É uma questão de sobrevivência. (...) somos obrigados a admitir que a atividade econômica influencia as demais atividades da sociedade e, por extensão, o direito que normatiza tais atividades.³²⁸

Aqui, vai-se ainda mais além. Suas intrincadas realidades não se separam, ao contrário, coexistem e se interrelacionam moldando conjuntamente a esfera social, a civilização, a partir dos projetos gestados na cultura e implementados pela ação política. Este posicionamento, aqui defendido, encontra guarida em outras palavras do mesmo autor:

A realidade em que vive o ser humano é rica e vasta, contendo aspectos sociais, jurídicos, econômicos, políticos, psicológicos e outros, de modo que não ocorrem separadamente, nem na sociedade interna, nem na sociedade internacional. Quando um fenômeno econômico ocorre, outros acontecem, jurídicos, sociais, etc., correlatos, gerando, por sua vez, novos fatos, em moto-contínuo, em sucessivas trocas de influência, o que faz a sociedade crescer e se tornar cada vez mais complexa.³²⁹⁻³³⁰

Apesar de tudo, não se considera a existência de uma ordem econômica internacional autônoma, diversa da ordem internacional. Esta, sim, é que contempla aspectos conjunturais e estruturais de natureza econômica e de alcance transnacional. Tal alcance é fruto do processo

³²⁷ TEUBNER, Gunther. *Privatregimes. Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?*. In SIMON, Dieter; WEISS, Manfred. (Coord.) *Zur Autonomie des Individuums*. Baden-Baden, 2000, p. 43 e 440.

³²⁸ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 17.ed. São Paulo: LTr, 2023, p. 401.

³²⁹ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 17.ed. São Paulo: LTr, 2023, p. 402.

³³⁰ Para evitar escapar ao tema central deste trabalho, opta-se por trazer em nota de rodapé opinião importante do mesmo autor. Em sua obra, defende que, mais do que nunca, o profissional do direito deve ter uma visão geral e noções básicas de economia, política e sociologia. Aqui, acrescenta-se, também, de filosofia e história. Prossegue, ainda, que há uma simbiose, um amálgama de matérias no Direito Internacional, que não o descaracterizam como direito; mas o tornam mais amplo e menos preso a regras rígidas, como as do Direito Interno. Com o devido perdão à Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito, afirma que o Direito Internacional é um direito fluídico, com conteúdo e conceitos influenciados por outras matérias, sem embargos de um campo próprio, nucléico, de atuação. Ver. HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 17.ed. São Paulo: LTr, 2023, p. 402.

de superação das fronteiras nacionais no desenvolvimento do comércio, ao qual amplamente se denomina globalização da economia.

A ordem internacional e o processo de globalização da economia experienciaram, no século XX, o desenvolvimento econômico por meio da integração econômica de países vizinhos. No século XXI, desponta outro fenômeno a serviço da globalização: a integração das cadeias globais de valor. Tais cadeias são compostas por fornecedores de matérias-primas e insumos, fornecedores de máquinas e equipamentos, designers, fabricantes, comerciantes, prestadores de serviço, financiadores, investidores, e o sistema financeiro e de crédito.

A localização geográfica parece não mais tanto importar na ordem internacional. Desde que os custos (minimizados) sejam compatíveis com o valor agregado (e, por conseguinte, com margens adequadas que permitam o resultado lucrativo de determinada atividade econômica), os elementos de tais cadeias de valor poderão estar, indistintamente, em qualquer localização geográfica ao redor do globo. Uma vez interconectados, atuam em rede, criando microuniversos, que podem se conectar em estrutura quase neural, que agregam valor ao comércio transfronteiriço.

Em termos macroeconômicos, uma vez identificadas tais cadeias, os países nelas envolvidos firmam os acordos necessários para garantir o seu desenvolvimento, fluidez e expansão. Idealmente, livres de amarras e vantagens competitivas não econômicas. No mundo globalizado ótimo, nenhum empresário terá vantagens competitivas tão somente em razão de benefícios e flexibilidades asseguradas pelo sistema legal de seu país.

Ainda que não originalmente pensada para o mercado de financiamento de demandas e de investimento em ativos alternativos e especiais; ainda que não se vislumbre a necessidade de acordos entre países para o desenvolvimento deste mercado, sustenta-se que a eliminação de vantagens competitivas institucionais no contexto do *third-party funding* como importante elemento das cadeias globais de valor. São exemplos a não criação de barreiras ao financiamento das arbitragens de investimento internacional, nem à possibilidade de estruturação de financiamentos internacionais e transnacionais³³¹.

³³¹ Sustenta-se, neste trabalho, que o fenômeno do TPF pode se manifestar para além do âmbito doméstico, para além do ordenamento jurídico singular de uma nação. O fenômeno pode alcançar contextos multilaterais e transnacionais. Pode tratar de arbitragens dentro de contextos sofisticados como da arbitragem de investimento internacional, da *lex mercatoria*, da *lex finanziaria*, da *lex constructionis*. Pode envolver partes (financiador e financiado) em países distintos, bem como contextos ainda mais complexos, como quando o financiamento for concedido por financiadores localizados em países distintos na promoção de uma espécie de *syndicated financing / syndicated funding* – quando há uma espécie de consórcio, um grupo estruturado e organizado de financiadores, cada um contribuindo com parte do capital investido representando uma fração percentual do total distribuído ao financiado.

A eliminação de vantagens competitivas institucionais também se dá, em termos jurídicos, por uma certa neutralização das fronteiras nacionais que envolve ajustes legislativos no direito dos países implicados. Exemplo claro é a cultura de contato que se dá na aproximação recíproca das tradições do Direito dos países do *commom law* e os países do *civil law*: aqueles, cada vez mais têm que se valer de uma positivação do seu direito; estes, se engajam, cada vez mais, na valorização dos precedentes.³³² A legislação sobre arbitragem internacional, as *soft law*³³³ e o tratamento internacional dado ao *third-party funding*, seja em tratados de investimento internacional, seja em câmaras arbitrais em nível global, são exemplos de integração, da internacionalidade e da transnacionalidade do direito.

De alguma forma, pode-se pensar que, nascer no seio da *commom law* tenha tornado pouco prática qualquer tentativa de legislar sobre o *third-party funding* – influenciando, inclusive, o seu desembarque na *civil law*. De fato, por influência de um sistema em outro, sob a perspectiva aqui sustentada, possivelmente nem tudo precise estar estritamente positivado. A prática internacional evidencia incipiente normatização estatal e características de autorregulação do financiamento da arbitragem por terceiros – o que tem se mostrado, até então, bastante interessante em benefício de seu desenvolvimento.

Do ponto de vista da hibridação do Direito, e sob uma perspectiva de economia política, o financiamento da arbitragem por terceiros aporta importante valor agregado. Permite a transferência de poupança, conecta investidores e provedores de capital a empresas, empresários e tomadores de crédito. Não apenas contribui para a movimentação dos fluxos de capital. A utilização do valor recebido para financiar uma demanda, via de regra, permite ao agente econômico (o financiado) a alocação ótima de capital, sem a necessidade de realocar recursos próprios, destinados à persecução da atividade empresarial, em uma disputa.

Vislumbra-se significativa geração de valor, também, quando o financiamento se configura como a única alternativa para o acesso à justiça: viabilizar a busca por uma decisão em uma demanda que, a depender do caso, venha a ser favorável para o agente, poderá ser a *ultima ratio* para a manutenção de suas atividades produtivas nas cadeias de valor.

³³² COELHO, Fabio Ulhoa. **Biografia não autorizada do Direito**. 1.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2021, p. 143-145.

³³³ Entende-se, neste trabalho, que as *soft law* podem ser, de modo epistêmico e até mesmo semântico, consideradas o que seria o oposto do conceito de *law as force*. Thomas J. Lawrence, sobre a emergência do Direito Internacional moderno, afirma que uma vez que a descrição positivista do direito é historicamente contingente, ela não pode, portanto, ser aplicada a todas as ordens de forma indiscriminada. Prossegue opinando que o direito internacional moderno deveria se preocupar mais com, em vocabulário atual, a governança – não regulada pela força e violência, mas por um fluxo regulado de comunicação entre as nações e as instituições. Ver CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global**: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 149.

Dos pontos de vista de contextos heterárquicos e da multinormatividade do Direito, sustenta-se a existência de uma cultura própria do *third-party funding*.

3.3 Temas contemporâneos concernentes à cultura do financiamento da arbitragem por terceiros

A cultura do *third-party funding* transcende as fronteiras globais. O *third-party funding* opera transnacionalmente. Já foi aqui dito que a cada nova transação, a cada nova demanda financiada, a indústria do financiamento por terceiros vai construindo sua própria legitimidade no cenário internacional da arbitragem.

Esse fenômeno está, naturalmente, ligado à maior aceitação e à queda de restrições ao uso desta sofisticada ferramenta em diferentes etapas e níveis da estrutura de resolução de disputas em diversas jurisdições. Isso se deve à superação de barreiras históricas que impediam novos desenvolvimentos de ocorrerem; à aceitação de sua funcionalidade como instrumento de acesso à justiça; e, ao entendimento de que existe uma racionalidade econômica e uma cultura própria a este fenômeno, para além dos paradigmas a ele tradicionalmente associados na realização do Direito. Essa nova mentalidade permite considerar esses desenvolvimentos como reflexo de uma tendência em direção a um ambiente aberto.

Já foi dito que a História não se faz por rupturas, nem por origens. Que os fatos se entrelaçam entre o novo e o passado, sendo necessário um largo interregno para que uma nova concepção de mundo se estabeleça como cotidiana, como parte de uma continuidade construída. Precisamente nesse entrelaçamento é que se dão a alimentação e a retroalimentação entre os projetos da cultura e sua concretude na civilização.

Nesse processo, a cultura própria do *third-party funding* enfrenta questionamentos e desafios. Por vezes, um certo ceticismo e, eventualmente, até certos ataques.

Ao invés de um olhar pessimista, muitas vezes sob o viés de proposições regulatórias extremadas, prefere-se um olhar otimista, que privilegie a autonomia das vontades e o *pacta sunt servanda* na sua contratação, as vantagens e benefícios decorrentes da sua racionalidade econômica – não só às partes, como ao sistema arbitral – e, fundamentalmente, o exercício da liberdade. Não se descuidando, por certo, dos imperativos éticos que permeiam e circundam o fenômeno.

Neste pretendido recorte, faz-se relevante abordar, nas seções subsequentes, alguns temas contemporâneos relevantes, concernentes à cultura do financiamento da arbitragem por terceiros.

3.3.1 A alegada comoditização ou mercantilização decorrentes do financiamento da arbitragem por terceiros

Pretender-se tratar o *third-party funding* sob a alegação de comoditização ou mercantilização consiste em uma relativização imprópria da cultura desse fenômeno. Não se trata uma oposição, até mesmo maniqueísta, entre o bem e o mal, entre benefícios e prejuízos – seja quanto ao acesso à justiça, às relações contratuais entre os contendores, ou entre financiado e financiador. Ao contrário, ainda que ajustes possam ser necessários, os efeitos positivos do *third-party funding* no sistema de solução de controvérsias são inúmeros, para além dos já aqui sustentados.

Alegar-se comoditização consiste em um reducionismo do instrumento financeiro do financiamento-investimento a um produto ordinário, sem valor agregado, como se fosse passível de comercialização por quantidade ou peso. Mercantilização, de igual maneira, leva ao reducionismo a uma mercadoria transacionável por um preço atribuído simplesmente com base no pressuposto econômico da relação oferta-demanda. A cultura do *third-party funding* evidencia que se trata de um fenômeno muito mais sofisticado do que isso.

De maneira semelhante, alegar-se comoditização ou mercantilização da justiça entende-se como outro despropósito, inclusive, prejudicial ao sistema de solução de controvérsias. A justiça, no caso concreto, não é um ativo negociável. Nenhuma sentença ou decisão será prolatada em um processo arbitral em função da existência e dos efeitos de um financiamento por terceiros. Há muito, as antigas doutrinas *maintenance* e *champerty* foram relativizadas (até abandonadas) em favor do *third-party funding*. Maya Steinitz entende que tais doutrinas acabam contribuindo muito mais para as assimetrias do sistema, as quais deveriam evitar, e que o *third-party funding* promove o acesso à justiça e a paridade de armas, com uma certa regulação.³³⁴

Tampouco há comoditização ou mercantilização do acesso à justiça. O que ocorre é, justamente, o contrário. O financiamento da arbitragem por terceiros viabiliza o acesso à justiça e uma paridade de armas que, em muitos casos, seria inexistente. Se a justiça não consegue alcançar demandantes que querem pleitear seus direitos, estes se tornam vulneráveis devido a hipossuficiência econômico-financeira.³³⁵

Sustenta-se que eventual alegação de que o acesso à justiça passa a ser transacionável, podendo ser ‘comprado’ ou ‘vendido’ mediante o financiamento-investimento, é

³³⁴ STEINITZ, Maya. *Whose claim is this anyway? Third-Party Litigation Funding*. University of Iowa Legal Studies Research Paper, n. 11-31, Iowa: 2011, p. 1286.

³³⁵ DEL MONACO, Bianca Maria Fusco Galvão. **Financiamento de litígios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 5.

reducionismo que não deve prosperar. A parte que dispõe de recursos financeiros para propor e custear a disputa permanece titular da disputa, do direito material e processual; não ‘compra’, nem o financiador lhe ‘vende’ acesso ao processo arbitral; há o uso de uma ferramenta financeira que permite a melhor gestão dos recursos e distribuição do risco. O mesmo raciocínio é ainda mais válido para a parte impecuniosa, que também permanece titular da disputa; o financiador não ‘compra’ nem ‘vende’ o acesso, mas o viabiliza à parte em uma operação financeira que, para si, constitui-se em investimento na alocação de seus recursos.

Nos planos da cultura e da civilização, o *third-party funding* deve ser visto no contexto mais amplo do mercado de financiamento de disputas, investimentos, gestão de riscos e finanças corporativas. Embora, historicamente, mais vinculado à motivação de acesso à justiça, sua cultura própria permite o crescimento e consolidação da indústria, enquanto constrói sua própria legitimidade no cenário internacional do sistema de solução de controvérsias.

Em termos de mercado, evidências empíricas revelam que os financiadores têm certa tendência a incentivar empresas e corporações (os potenciais financiados), que tenham balanços patrimoniais e resultados econômico-financeiros sólidos, a utilizar o *third-party funding*.³³⁶ A motivação está na racionalidade econômica instrumental, na alocação ótima de seus recursos, como alternativa à imobilização de capital próprio em disputas. Além das vantagens competitivas econômicas, da otimização da estruturação financeira e de capital, a operação é, do ponto de vista contábil, *off-balance* e, como tal, não sobrecarrega o balanço patrimonial com a contabilização do custeio da disputa. Em paralelo, entende-se que os financiadores têm também a motivação de ampliar e desenvolver suas oportunidades de alocação de capital em investimentos lucrativos.

Nada disso, entretanto, justificaria o reducionismo pretendido pelas alegações de comoditização ou mercantilização no uso do *third-party funding*. Ao contrário, sustenta-se que há, no plano civilizatório, a utilização de um instrumento que agrega valor e eficiência econômica à atividade empresarial e à economia – pela redução de assimetrias, de externalidades, circulação de capitais, dentre outras vantagens já defendidas – bem como ao próprio sistema de solução de controvérsias, pela viabilização do acesso e redução dos desequilíbrios na relação entre os contendores.

³³⁶ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration*. Londres: ICCA Reports, 2018, p. 42.

3.3.2 O alegado risco das demandas frívolas em decorrência do financiamento da arbitragem por terceiros

Costuma ser recorrente a alegação do risco do financiamento de demandas frívolas, triviais, infundadas ou sem mérito (*frivolous or unmeritorious claims*) no universo do financiamento da arbitragem por terceiros.³³⁷ Tal alegação decorre, até mesmo intuitivamente, do fato de o financiado não realizar qualquer desembolso financeiro para ingressar com uma demanda. O risco é distribuído ao financiador e é este quem aporta o capital necessário para o custeio da demanda.

Por esse raciocínio, o financiado teria incentivos para ingressar com tantas demandas quanto pudesse obter financiamento correspondente. Isso, independentemente de uma análise apropriada das possibilidades de êxito de uma demanda. Poderia, inclusive, incluir a persecução de casos sem razoáveis perspectivas de êxito, usando o financiamento para fins manipulativos, como tática de guerrilha ou com o objetivo de viabilizar um acordo – situação que poderia jamais ocorrer caso, inicialmente, não existisse tal demanda.

Essas práticas corresponderiam a uma inversão significativamente prejudicial à cultura do financiamento da arbitragem por terceiros. Além disso, há que se considerar que há um risco de imagem, um risco reputacional do financiado quanto aos casos em que disputa e para os quais busca envolver um terceiro financiador. Uma parte com comportamento litigante imprudente, manipulativo, que persiga demandas frívolas ou sem claro propósito, corre o risco de ser desacreditada no mercado de financiamento por terceiros.

Supostamente, a indústria do *third-party funding* seria responsável pelo aumento da quantidade de demandas frívolas, triviais, infundadas ou sem mérito. Alega-se que o financiador teria incentivos econômicos em investir no financiamento de demandas frívolas diante de motivação especulativa. Isso acarretaria resultado pernicioso aos projetos da cultura e aos objetos no plano civilizatório do sistema de solução de controvérsias – pelo risco de gerar desequilíbrio entre os contendores e pela busca de algum lucro em acordos promovidos, no curso de um processo arbitral, com o objetivo de pôr fim a uma disputa que poderia nunca ter sido iniciada e cujo mérito seja duvidoso.

³³⁷ Ver (i) DARWAZEH, Nadia; e LELEU, Adrien. *Disclosure and securities for costs or how to address imbalances created by third-party funding*. *Journal of International Arbitration*, vol. 33, Kluwer Law International. The Netherlands: 2016, p. 128-129; (ii) ROSENBERG, David; e SHAVELL, Steven. *A model in which suits are brought for their nuisance value*. *International Review of Law and Economics*, vol. 5(1). Elsevier: 1985, p. 03-13; e, (iii) WENDEL, W. Bradley. *Alternative litigation finance and anti-commodification norms*. *DePaul Law Review*, vol. 63. 2014, p. 655-656.

A preocupação de que o *third-party funding* possa fomentar demandas frívolas é, contudo, contraintuitiva. Willem H. van Boom comenta que:

As evidências sugerem que o TPF permite analisar casos e filtrar reivindicações infundadas. Na prática, os investidores profissionais em TPF dedicam tempo e recursos consideráveis à análise e seleção de casos. Ao fazê-lo, analisam diligentemente os méritos e monitoram a gestão do caso (embora isso possa levar à escolha seletiva). Em suma, atuam como guardiões. Portanto, a preocupação de que o TPF possa fomentar reivindicações frívolas é contraintuitiva. Na verdade, o valor central do TPF reside no efeito equalizador que ele pode ter sobre os diferentes apetites de risco de requerentes e respondentes.³³⁸⁻³³⁹

O financiador, de fato, atua como um filtro para barrar pretensões claramente improcedentes.³⁴⁰ Não somente isso. O financiador acaba servindo, em última análise, como um consultor à parte que busca contratá-lo.

Uma parte com uma demanda frágil (porém, não frívola ou sem mérito), frequentemente se beneficia do aconselhamento que recebe do financiador. Especialmente, quando este explica a racionalidade dos motivos para rejeitar o financiamento da demanda. Nesse caso, o financiador agrega valor intangível ao sistema arbitral, podendo, até mesmo, evitar que tal demanda seja postulada, propondo que outra solução seja buscada.

Em um modelo sistêmico ideal, uma demanda frívola ou não meritória será rejeitada pelo financiador. O financiador é um investidor. Como já sustentado, busca otimizar a alocação de seu capital dentro de uma lógica microeconômica racional-instrumental.

O eventual financiamento-investimento em demandas frívolas ou manifestamente sem mérito resultaria de um comportamento economicamente irracional do agente. Levaria à alocação irracional de capital, podendo gerar desequilíbrio no mercado. Nigel Blackaby e Alex Wilbraham comentam que financiadores-investidores profissionais concordaram com essa visão, explicando que, no caso de uma distribuição irracional de recursos, “um excesso de oferta de capital no mercado de financiamento poderia levar a uma ‘bolha’ de financiamento

³³⁸ Tradução livre do original em inglês: “*Evidence suggests that TPF may screen cases and filter out unmeritorious claims. In practice, commercial TPF investors spend considerable time and resources reviewing and selecting cases. In doing so, they diligently screen merits and monitor the case management (although this could lead to cherry picking). In short, they act as gatekeepers. Therefore, the concern that TPF could foster frivolous claims is counterintuitive. In fact, the core value of TPF lies in the equalizing effect it may have on the different risk appetites of claimants and respondents.*”

³³⁹ BOOM, Willem H. van. *Third-party Financing in International Investment Arbitration*. Rotterdam, The Netherlands: Erasmus School of Law, 2011, p. 49.

³⁴⁰ Ver (i) SANTOS, Vinícius Eduardo Pereira dos. **Financiamento de litígios por terceiros: *third-party funding*** como incentivo ao acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 2022, p. 130; e, (ii) SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 112.

que incitaria os financiadores a buscar demandas frágeis.”³⁴¹⁻³⁴² Acrescente-se, a isso, os efeitos danosos à cultura do *third-party funding*.

Embora o *third-party funding* possa ser responsável pelo aumento do volume de demandas, é pouco provável que decorra de demandas frívolas, triviais, infundadas ou sem mérito. Além disso, no financiamento típico (*non-recourse*), se a demanda não for exitosa, o financiador-investidor não é remunerado, não recupera o capital investido. Mais ainda, há também o risco reputacional do financiador na escolha dos casos em que investirá seus recursos, o que impacta diretamente em sua credibilidade no mercado de financiamento por terceiros.

No entanto, diante da própria lógica e racionalidade econômica do financiador, a noção de que apenas demandas com elevada probabilidade de sucesso são financiadas parece ingênua. Demandas com baixas probabilidades de sucesso também podem ser financiadas e não necessariamente serão frívolas, triviais, infundadas ou sem mérito.³⁴³ Uma demanda com baixa probabilidade de êxito, porém, de alto valor, pode ser atrativa.

Aceitar financiar demandas mesmo com reduzida probabilidade de êxito é uma aposta em que o *trade-off* entre risco e retorno possa ser favorável e, como tal, permita ao financiador auferir o almejado lucro. Essa visão evidencia que uma demanda, por menor que seja a chance de êxito e por maior que seja o risco inerente, poderá encontrar um financiador disposto a investir na operação.

A *due diligence* a ser feita pelo financiador não é um exercício de identificação apenas de casos de baixo risco ou sem risco³⁴⁴. É, na verdade, um exercício de busca do equilíbrio ótimo entre risco e retorno. Essa análise busca encontrar o ponto de equilíbrio medido entre o valor monetário da recuperação esperada e a probabilidade de recuperação, descontado o custo da operação.³⁴⁵

³⁴¹ Tradução livre do original em inglês: “(...) *an excess of capital supply in the funding market could lead to a funding ‘bubble’ that would incite funders to chase weak claims.*”

³⁴² BLACKABY, Nigel; e WILBRAHAM, Alex. *Third-party Funding in Investment Treaty Arbitration*. in YANNACA-SMALL, Katia (ed) *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)*. London: Oxford University Press, 2018, p. 698-723.

³⁴³ DEL MONACO, Bianca Maria Fusco Galvão. **Financiamento de litígios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 141.

³⁴⁴ ‘Sem risco’ pode ser considerada uma condição teórica, idealizada. Porém, inatingível em qualquer contexto de economia e finanças. Exemplo clássico é o entesouramento do papel-moeda, sujeito ao risco de perda de valor monetário em decorrência da inflação e sujeito ao risco de degradação do próprio papel em que foi confeccionado, perdendo sua materializada como instrumento de troca.

³⁴⁵ Neste ponto, apesar de ser uma simplificação, o exemplo a seguir é ilustrativo: o valor esperado de retorno em uma demanda hipotética de 100 milhões de unidades monetárias com apenas 5% de chance de sucesso é igual ao de uma demanda de 5 milhões de unidades monetárias com 100% de probabilidade de sucesso. Outras metodologias de cálculo e equações foram apresentadas neste trabalho nas seções 3.1.2.1 A lógica

Há, portanto, incentivo econômico para financiar demandas de alto valor, embora com baixa probabilidade de recuperação efetiva. “Se o valor esperado de uma vitória for alto o suficiente, mesmo a baixa probabilidade de tal vitória pode estimular os investidores a se arriscarem a financiar o litígio”, nas palavras de Cassandra Burke.³⁴⁶⁻³⁴⁷

Financiadores especializados na modalidade de financiamento de portfólio, se beneficiam, especialmente, da diversificação de risco e dos diferentes graus de probabilidades de êxito em carteiras com demandas múltiplas. O *portfolio financing* é, frequentemente, usado como ferramenta de gestão de risco não só pelo financiador-investidor; mas também por empresas financiadas expostas a demandas frequentes.

Uma preocupação específica é que o aumento de disputas de alto risco acabe, eventualmente, por inflar o valor dos portfólios. No entanto, a possibilidade de maximização do desempenho potencial do portfólio é incentivo econômico relevante para investidores sofisticados. Além disso, é natural do conceito de portfólio a capacidade de mitigação de riscos tanto pela distribuição percentual do risco de algum caso específico proporcionalmente ao total da carteira, bem como pela sua distribuição na alocação entre diferentes cotistas.³⁴⁸

Diante da lógica e racionalidade econômica, bem como dos projetos da cultura, inerentes ao *third-party funding*, entende-se mitigada a alegação do risco do financiamento das *frivolous or unmeritorious claims* no plano dos objetos do financiamento da arbitragem por terceiros.

3.3.3 O financiamento da arbitragem por terceiros como catalizador de acordos entre os contendores

Já foi comentado que é possível que o *third-party funding* seja responsável pelo aumento do volume de demandas. Corolário possível é a probabilidade de aumento correspondente no volume e no valor de acordos realizados em processos arbitrais.

O financiamento da arbitragem por terceiros pode, efetivamente, alterar a dinâmica de acordos. A disponibilidade de financiamento tem, nesse sentido, ao menos, dois resultados

microeconômica do financiado e 3.1.2.2 A lógica microeconômica do financiador.

³⁴⁶ Tradução livre do original em inglês: “*If the expected value of a win is high enough, then even the low probability of such a win may spur investors to take a chance on funding the litigation.*”

³⁴⁷ BURKE, Cassandra. *The Impact of Third-Party Financing on Transnational Litigation*. Case Western Reserve University, School of Law Scholarly Commons, Faculty Publications, vol. 44. – Ohio: 2011, p. 171.

³⁴⁸ HARWOOD, Miriam K., BATIFORT, Simon N. e TRAHANAS, Christina. *Third-party funding: security for costs and other key issues*. *The Investment Treaty Arbitration Review*, edition 2. Londres: Law Business Research, 2017, p. 109.

práticos para o financiado: (i) expõe a parte à concorrência do mercado de *third-party funding*, colocando-lhe em melhor posição para negociar contratos de TPF com distintos financiadores, potencialmente elevando o valor recuperável – em contrapartida da negociação de menor fração a ser atribuída ao financiador; e, (ii) evidencia à contraparte, de maneira clara, que dispõe de fundos suficientes para manter a continuidade do processo arbitral ao longo do tempo – esse fôlego financeiro tende a aliviar qualquer pressão que possa advir da contraparte para um acordo rápido; ao contrário, pode pôr eventual acordo à margem, permitindo ao financiado perseguir o resultado pela via de uma sentença.

Raciocínio contrário, verifica-se, especialmente, nos casos movidos sem o financiamento por terceiros. Casos nos quais a parte enfrente alguma situação de impecuniosidade, de falta de recursos suficientes para levar a uma conclusão economicamente eficiente do processo arbitral. Nesse caso, presume-se que a contraparte tem a possibilidade de resolver a disputa mediante acordo por um valor significativamente menor do que a outra parte provavelmente teria conseguido obter em sentença.

Diante de tais raciocínios contrapostos, Mariel Rodak afirma que:

Uma vez que celebrar um contrato de financiamento de litígios presumivelmente dá ao demandante os recursos e a ‘credibilidade de ameaça’ para levar a sua reivindicação a julgamento, o financiamento de litígio pode atrair um demandado obstinado para a mesa de negociações e resultar em um acordo mais justo.³⁴⁹⁻³⁵⁰

Sustenta-se que o *third-party funding* pode, de um lado, aumentar a resistência da parte financiada ao longo do processo arbitral. Do outro lado, a contraparte terá menos incentivos para promover estratégias e táticas de guerrilha, como asfixia financeira, procrastinação de etapas processuais, aumento proposital dos custos do processo, apresentação de múltiplos pareceres, pedidos de provas complexas, dentre outros.³⁵¹

A resistência e a capacidade de resposta proporcionadas pelo financiamento potencializam a capacidade negocial do financiado. A ciência do envolvimento de um financiador, pode, portanto, aumentar os incentivos da contraparte para um acordo, pois

³⁴⁹ Tradução livre do original em inglês: “*Since entering into a litigation finance contract presumably gives the plaintiff the resources and ‘threat credibility’ to carry her claim to trial, litigation financing may draw an otherwise obstinate defendant to the bargaining table and result in a fairer settlement award.*”

³⁵⁰ RODAK, Mariel. *It's about Time: A System Thinking Analysis of the Litigation Finance Industry and Its Effect on Settlement*. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155. – Pennsylvania: 2006, p. 522.

³⁵¹ CASTRO, João Mendes de Oliveira. O financiamento de litígios no sistema de solução de controvérsias. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) *Litigation Finance e Special Situations: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 18-19.

sinalizaria a confiança do financiador na qualidade e na força da demanda. Isso tende a ter o efeito benéfico de aumentar, para ambos os contendores, a alavancagem para o acordo.

“Isso é benéfico, desde que não cause dissuasão excessiva (*overdeterrence*) do demandado”³⁵²⁻³⁵³, conforme dito por Willem H. van Boom. A dissuasão excessiva pode ocorrer se o envolvimento do financiador causar disparidade na disputa e pressionar o demandado a resolver o caso, até mesmo, desnecessariamente – cedendo por simples temor de que o financiador propositadamente prolongue o processo de arbitragem.

Outro ponto que não se pode negligenciar, motivo de atenção, é o eventual interesse do financiador em resolver a disputa rapidamente. O risco de inexecução de uma sentença arbitral pode reforçar tal interesse. Nesse contexto, um ‘acordo rápido’ aos olhos do financiador pode nem sempre ser considerado um ‘acordo aceitável’ ao financiado. Uma situação dessas poderia refletir, conseqüentemente, um controle adverso do processo arbitral pelo financiador.³⁵⁴

Do ponto de vista da racionalidade econômica e sob a ótica da cultura, a resolução de uma disputa arbitral por acordo pode ser bastante positiva para as partes. Especialmente, quando incentivada por meio do uso benéfico do instrumento. Situação oposta, seria bastante prejudicial, não somente em um caso concreto, sobretudo, para a cultura do *third-party funding* no sistema de solução de controvérsias.

3.3.4 O desenvolvimento da cultura de financiamento da parte demandada

Na configuração mais usual do *third-party funding*, o financiado está no polo ativo da demanda. Inúmeras razões já foram abordadas para justificar a proliferação de operações de financiamento ao demandante na condição de parte financiada.

Recorrer ao *third-party funding* em posição no polo passivo, pelo demandado, é mais raro. Todavia, nada impede que ambos os polos o utilizem. Sustenta-se que se trata de uma atualização dos projetos no plano da cultura pelas situações criadas e concretizadas no plano civilizatório.

Evidências empíricas indicam que o financiamento da parte demandada está evoluindo

³⁵² Tradução livre do original em inglês: “*This is beneficial as long as it does not cause overdeterrence of the respondent.*”

³⁵³ BOOM, Willem H. van. *Third-party Financing in International Investment Arbitration*. Rotterdam, The Netherlands: Erasmus School of Law, 2011, p. 49.

³⁵⁴ PACHAHARA, Shantanu; e GANDHI, Vikas. *Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: It is About Time for Regulations*. *Conflict Studies Quarterly*, issue 41. Gujarat, India: 2022, p. 66-67.

e se tornando mais disponível.³⁵⁵ Especialmente em cenários em que a parte demandada pode, por meio de uma reconvenção ou de uma defesa bem-sucedida na arbitragem, efetivamente auferir um valor financeiro significativo, ou pela redução de algum valor em caso de sua condenação.

O financiamento da parte demandada, contudo, ainda apresenta desafios quanto à forma de remunerar o financiador. Um dos imperativos é evitar riscos éticos e morais pela existência do financiamento, visto que poderá ser fundamentado e calculado com base em critérios potencialmente menos objetivos.

Em cenários como esse, um financiador pode concordar em financiar a parte demandada em troca de uma porcentagem dos lucros, atuais ou futuros – por exemplo, decorrentes do incremento de sua participação de mercado em determinada indústria – desbloqueados como resultado do sucesso da arbitragem. Em outra opção possível, a parte demandada pagaria ao financiador pelo cruzamento ou combinação de critérios como o ‘valor pelo qual a responsabilidade do demandado foi reduzida, comparando o valor originalmente reivindicado pelo demandante com o valor a lhe ser finalmente atribuído pelo demandado em decorrência de sentença ou acordo’. Embora essas estruturas sejam ocasionalmente mencionadas, na prática, não parecem comuns. E, certamente, configuram maior complexidade de negociação, implementação e operacionalização.

3.3.5 O impacto da cultura do financiamento da arbitragem por terceiros nos departamentos jurídicos das empresas

Já foi determinado que, para o exame do *third-party funding*, importa a empresa privada como a unidade econômica individual por excelência. Foi também sustentado que é da natureza da empresa, como instituição econômica, o objetivo de persecução do lucro na exploração da atividade empresária. O lucro é a expressão máxima da atividade empresária que permite a sua continuidade e crescimento.

A empresa está inserida em um regime econômico capitalista, no qual não há qualquer garantia de estabilidade. Mudanças econômicas, administrativas, legais, mercadológicas, tecnológicas e culturais acabam por se refletir na estruturação, modelagem e custeio do modelo empresarial. É imprescindível, para a sua manutenção, o lucro e o reinvestimento.

Usualmente, departamentos jurídicos corporativos de empresas são considerados

³⁵⁵ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration*. Londres: ICCA Reports, 2018, p. 23.

subunidades empresariais economicamente improdutivas. Explica-se: improdutivas, pois são subunidades não diretamente relacionadas na execução do complexo de atos e ações organizados para a produção e circulação de bens, produtos e/ou serviços. Por esse conceito, são, naturalmente, subunidades geradoras de custo, deficitárias ou não geradoras de lucro. Sob o ponto de vista econômico, tal consideração é absolutamente correta.

Em raciocínio contraposto à essa lógica, todo resultado bem-sucedido de uma demanda, de um processo arbitral estrategicamente coordenado pelo departamento jurídico terá significativos efeitos positivos na empresa. Outras áreas da empresa se beneficiam do efetivo ingresso de recursos financeiros decorrentes do sucesso em uma arbitragem. Trata-se de capital que pode ser direcionado a investimentos, custeio de operações, produção. Some-se os efeitos contábeis positivos ao viabilizar a melhora do balanço patrimonial, da demonstração de resultados e dos índices econômico-financeiros da empresa em um determinado exercício fiscal.

É certo que o uso do *third-party funding* pelos departamentos jurídicos corporativos das empresas agrega valor pelo aperfeiçoamento da análise e avaliação de uma potencial demanda. Como já sustentado, uma parte com uma demanda frágil (ressalte-se, não frívola ou sem mérito), frequentemente se beneficia do aconselhamento que recebe do financiador.

Não obstante, sustenta-se que o grande impacto do uso do *third-party funding* nos departamentos jurídicos corporativos das empresas está na transformação cultural que se opera diante da lógica empresarial: de subunidades improdutivas, em centros de lucro para a empresa.

3.3.6 O impacto da cultura do financiamento da arbitragem por terceiros na escolha da sede da arbitragem

O desenvolvimento, em nível global, da cultura e da indústria do *third-party funding* tem reflexo direto nas estratégias empresariais e jurídicas envolvendo arbitragens transnacionais. A disponibilidade de financiamento tende a viabilizar demandas envolvendo partes de diferentes países que, por restrições de custeio – em muitos casos decorrentes da variação cambial entre as moedas dos países dos contendores e da (in)capacidade de contratação de operações de *hedge* cambial – poderiam não ser iniciadas ou sofrer desistência ao longo do processo arbitral.

O financiamento da arbitragem por terceiros também pode influenciar a escolha do local da arbitragem. Apesar de eventual escolha de sede específica em decorrência de prática

comercial ou costume, como um foro neutro, sustenta-se que o *third-party funding* pode ampliar o número de opções viáveis para a escolha da sede arbitral para as partes em arbitragens transnacionais.

Diante de uma perspectiva de escolha racional simples, em sendo possível, a parte demandante proporá a escolha do local em que, diante das opções de financiamento, o valor esperado de sua reivindicação (menos os custos da arbitragem) seja o mais alto, certamente, após avaliar as regras substantivas e processuais do sistema arbitral de tal local. “Especialmente, quando os demandantes que podem se beneficiar da disputa são residentes, e os demandados, potencialmente sujeitos a uma sentença, não”, na ponderação de Cassandra Burke.³⁵⁶⁻³⁵⁷ Não se pode descuidar, diante dessa situação, do risco da prática de *forum shopping*.

Cada um desses fatores altera o cálculo de custeio de uma arbitragem transnacional, influencia na lógica econômica e na racionalidade instrumental das decisões da empresa. O resultado pode, conseqüentemente, moldar decisões empresariais, estratégias legais, escolhas regulatórias e, até mesmo, atualizar os projetos da cultura pelo desenvolvimento de novas situações no plano civilizatório.

3.3.7 A influência da cultura do financiamento da arbitragem por terceiros na execução de sentença arbitral; no *private enforcement*; e na relação com a teoria do *efficient breach*

O desenvolvimento, em nível global, da cultura e da indústria do *third-party funding* tem reflexo direto nas estratégias jurídicas para o cumprimento de uma sentença arbitral, caso seja necessária, em arbitragens transnacionais. Há o risco de um potencial aumento da dificuldade de execução decorrente do envolvimento de mais países – conseqüentemente, jurisdições e sistemas jurídicos diferentes. Em uma visão mais otimista, há a possibilidade de promover melhor coordenação internacional entre os países, com maior desenvolvimento normativo, para o cumprimento de sentenças transfronteiriças.³⁵⁸

Já foi sustentado que a capacidade de executar uma sentença é fundamental para o universo do *third-party funding*. Afinal, é da natureza do modelo de financiamento típico (*non-recourse*) que o financiador aceite tanto o risco inerente à própria demanda – ou seja, o risco

³⁵⁶ Tradução livre do original em inglês: “*Epecially when the plaintiffs who stand to benefit from the suit are residents, and the defendants potentially subject to a judgment are not.*”

³⁵⁷ BURKE, Cassandra. *The Impact of Third-Party Financing on Transnational Litigation*. Case Western Reserve University, School of Law Scholarly Commons, Faculty Publications, vol. 44. Ohio: 2011, p. 173.

³⁵⁸ BURKE, Cassandra. *The Impact of Third-Party Financing on Transnational Litigation*. Case Western Reserve University, School of Law Scholarly Commons, Faculty Publications, vol. 44. Ohio: 2011, p. 180.

de uma decisão ou sentença arbitral adversa – quanto o risco subsequente de execução ou cobrança – caso necessário para cobrar da parte adversa o pagamento da condenação arbitral. Para obter o retorno devido sobre o capital investido, o financiador depende que a parte financiada não apenas saia vencedora na disputa; precisa que ela tenha capacidade e seja bem-sucedida, caso seja necessário, executar a sentença arbitral.

Diante disso, além de avaliar a capacidade de pagamento da contraparte, o financiador deverá examinar as possibilidades de cobrança e execução da sentença arbitral. A inviabilidade, ou mesmo a dificuldade, em executar uma sentença arbitral, reduz, sobremaneira, os incentivos para financiar um caso levado a julgamento em um determinado local, especialmente, se diferentes o local da sede da arbitragem e o da execução da sentença.

À medida que a cultura do *third-party funding* se desenvolve, os financiadores reconhecem que muitas das maiores e potencialmente mais lucrativas disputas podem exigir a aceitação do risco material de execução. Isso, porém, possibilita novos negócios. Na prática, o contrato de TPF pode incluir o financiamento da execução ao financiar uma arbitragem.

Os financiadores podem, também, considerar oportunidades de financiamento exclusivamente da execução de uma sentença arbitral já obtida, na qual a parte vencedora esteja em busca de apoio financeiro e/ou expertise para garantir a cobrança. Tudo depende dos diferentes apetites de risco e níveis de expertise dos financiadores.³⁵⁹

Sustenta-se que está no campo da cultura do *third-party funding* o projeto de tornar as disputas privadas mais eficientes no plano civilizatório, viabilizando o equilíbrio de forças geralmente desiguais. Nesse cenário, pode-se inferir que o *third-party funding* compõe mais um dos instrumentos e mecanismos legais à disposição das partes para a defesa de seus direitos. É “protagonista do *private enforcement*”, na opinião de João Mendes de Oliveira Castro.³⁶⁰

De fato, quanto mais efetivos forem os mecanismos legais à disposição das partes, mais custoso será o efetivo descumprimento das leis e dos contratos. De igual maneira, entende-se que menores serão os incentivos para inadimplemento não só dos contratos, mas para o inadimplemento de uma sentença arbitral, evitando, assim, a necessidade de execução judicial.

³⁵⁹ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration*. Londres: ICCA Reports, 2018, p. 23.

³⁶⁰ Entende-se como *private enforcement* os mecanismos legais à disposição de particulares para a defesa de seus direitos. Ver CASTRO, João Mendes de Oliveira. O financiamento de litígios no sistema de solução de controvérsias. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) *Litigation Finance e Special Situations: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 20-21.

Em linha com esse raciocínio, sustenta-se que a cultura do *third-party funding* está em harmonia com a teoria do inadimplemento eficiente (*efficient breach theory*) ao operar na redução dos incentivos ao inadimplemento dos contratos no plano civilizatório. Essa teoria contempla contextos e situações em que uma parte, de maneira consciente e unilateral, decide pelo descumprimento de um contrato ao avaliar que os benefícios do inadimplemento superam os custos a serem incorridos em multas, cláusulas penais e indenizações a serem pagos à parte adimplente.³⁶¹

Existe uma série de implicações de natureza jurídica e extrajurídica, para além do pagamento de indenizações pecuniárias, que podem ser opostas ao *efficient breach*. Maior complexidade dos negócios, estado de incerteza negocial, insegurança jurídica, aumentos dos custos de transação, são alguns exemplos. De um ponto de vista estritamente econômico, não se pode olvidar, contudo, que é da natureza da empresa fazer o cálculo do incentivo econômico que possa existir no *trade-off* entre inadimplir ou levar à cabo o cumprimento de um contrato que possa estar em situação deficitária e pôr em risco o desiderato do lucro.

Suneal Bedi e William C. Marra corroboram que o *third-party funding* tende a reduzir o percentual de contratos inadimplidos, aumentar a frequência da celebração de contratos e, consequentemente, promover maior riqueza para o bem-estar da sociedade. Afirmam que:

O financiamento aproxima o valor dos danos que a parte inadimplente espera pagar do valor dos danos efetivamente sofridos pela parte adimplente. O financiamento de litígios faz isso porque opera como um mecanismo de execução, erodindo algumas das razões que podem levar a parte inadimplente a não pagar o valor total dos danos. Contratantes que, de outra forma, não entrariam com uma demanda devido a restrições de liquidez ou risco agora têm maior propensão a ingressar com a demanda. Uma vez iniciado o processo, os contratantes estarão mais aptos a contratar advogados de melhor qualidade, com maior propensão a assegurar uma sentença pelo valor total da demanda. E os contratantes estarão menos propensos a celebrar um acordo por um valor inferior ao total, porque o financiamento de litígios ajuda a reduzir ou eliminar as restrições de liquidez ou risco que

³⁶¹ Richard Allen Posner assim explica a teoria do *efficient breach*: “Uma parte é tentada a inadimplir o contrato simplesmente porque o lucro advindo do inadimplemento excederia o lucro com a conclusão do contrato. Ela o fará se o lucro também exceder o lucro esperado pela outra parte com a conclusão do contrato e, consequentemente, os danos decorrentes do inadimplemento.” – o que permite o pagamento de perdas e danos relacionados à quebra contratual.

Tradução livre do original em inglês: “*A party is tempted to break his contract simply because his profit from breach would exceed his profit from completing performance. He will do so if the profit would also exceed the expected profit to the other party from completion of the contract, and hence the damages from breach.*” Ver POSNER, Richard Allen. *Economic analysis of law*. 8.ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011, p. 151.

frequentemente levam as partes a celebrar acordo por valor subótimo.³⁶²⁻³⁶³

Nesse sentido, o *third-party funding* tende a agregar eficiência e racionalidade econômica para as relações contratuais. Torna menos vantajoso o descumprimento oportunista de contratos; aumenta as perdas esperadas em decorrência do inadimplemento; desincentiva inadimplementos unilaterais que visem obter algum lucro no *trade-off* entre os ganhos esperados e os custos a serem incorridos pelo descumprimento.

Em linha com a lógica macroeconômica, a cultura do *third-party funding* produz externalidades positivas ao aumentar a segurança dos contratos e a frequência de sua celebração. De maneira complementar, reduz ou permite internalizar externalidades negativas ao dissuadir potenciais inadimplementos conscientes.³⁶⁴

3.3.8 Os imperativos éticos na cultura do financiamento da arbitragem por terceiros

Já foi aqui referenciado que a pertinência ao olhar a história, apontando para gregos e romanos, seria para conhecer argumentos de ordem ética, os quais, ainda hoje, se fazem presentes e devem ser considerados para evitar abusos no uso do financiamento de litígios por terceiros. Ideais como desencorajar demandas frívolas e aventuras jurídicas sem fundamento; evitar o desvirtuamento do processo pela participação de terceiros sem interesse legítimo em processos alheios; e, impedir que a força do poder econômico exerça efeitos nefastos em demandas, tanto por motivos políticos quanto meramente financeiros, são alguns dos exemplos.

Os imperativos éticos, de raízes históricas, são parte própria da cultura. A ética (*éthiké*) deriva de *ethos* – o que é habitual. Dessarte, a ética, despida de sanção externa, se localiza na cultura e, sua contrapartida, a moral³⁶⁵, desenvolve-se na civilização – em que as sanções, de

³⁶² Tradução livre do original em inglês: “*Funding makes the amount of damages that the breaching party expects to pay more closely approximate the amount of damages actually incurred by the nonbreaching party. Litigation finance does this because it operates as an enforcement mechanism, eroding some of the reasons the breaching party may not pay the full quantum of damages. Promisees that would otherwise not sue due to liquidity or risk constraints are now more likely to sue. Once the suit is commenced, promisees may be able to retain higher-quality counsel who is more likely to secure a judgment for the full value of the claim. And promisees are less likely to settle for less than that full value because litigation finance helps reduce or eliminate the liquidity or risk constraints that often lead parties to settle for suboptimal amount.*”

³⁶³ BEDI, Suneal e MARRA, William C.. *The Shadows of Litigation Finance*. Vanderbilt Law Review, vol. 74. Tennessee: 2021, p. 596.

³⁶⁴ SOLAS, Gian Marco. *Third-party funding – Law, Economics and Policy*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2019, p. 11.

³⁶⁵ A moralidade, para Friedrich Wilhelm Nietzsche, está no sentimento que se tem pelo conteúdo dos costumes sob os quais uma pessoa vive e foi criada – criada, não apenas como indivíduo, mas como membro

ordem moral, são praticadas no conviver.³⁶⁶ Normas, regras, hábitos e obrigações éticas são elementos pertinentes à cultura, pois vinculam genericamente e no longo prazo. Obrigações morais, por sua exigibilidade imediata e censura social, pertencem ao campo da civilidade.³⁶⁷

Pensando-se em contextos heterárquicos e na multinormatividade, a combinação de elementos de normatividade jurídica viabiliza oportunidades de maior liberdade. Porém, também pode trazer claros perigos de violação de direitos.³⁶⁸

Em um contrato, os imperativos éticos são tão, por vezes até mais, importantes quanto os limites decorrentes do arcabouço jurídico aplicável. Os imperativos éticos dão substância à relação de confiança que se pretende entre as partes em uma contratação. Dão, também, os contornos e limites de sua atuação naquilo em que o arcabouço jurídico porventura não alcance.³⁶⁹

Foi abordado que não há consenso na doutrina sobre como deve ser pactuado um contrato de TPF – o acordo típico. Não há forma prescrita, nem defesa em lei. Em geral, pode-se considerá-lo como *sui generis*.³⁷⁰

Um contrato de TPF será dotado de legitimidade quando prover, nos limites da legalidade, os objetivos que a cultura pretende sejam concretizados na civilidade. Dentre eles, o acesso à justiça, a paridade de armas, o equilíbrio entre os contendores, a capacidade de resistência e de respostas ao longo do processo arbitral pela garantia de seu custeio à parte financiada.

Dentro de um recorte possível, um dos principais vieses para a necessidade de imperativos éticos está na relação entre as partes na contratação do TPF.³⁷¹ Esse viés tem por

de um todo maior. Ver OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. *Aestheticism in Nietzsche and Foucault*. In FELTES, Heloísa Pedrosa de Moraes e ZILES, Urbano. (Org.) **Filosofia**: diálogo de horizontes – *Festschrift* em homenagem a Jayme Paviani. Caxias do Sul: EDUCS e Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 541.

³⁶⁶ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito**: uma abordagem sistêmico-construcionista. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 126, em nota de rodapé 17.

³⁶⁷ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito**: uma abordagem sistêmico-construcionista. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 206-207, em nota de rodapé 22.

³⁶⁸ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global**: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 32.

³⁶⁹ Parafrazeando-se Hannah Arendt – para quem “(...) a autonomia do homem transformou-se na tirania das possibilidades” – em uma relação contratual a autonomia das vontades não pode transformar-se na tirania das possibilidades. Ver ARENDT, Hannah. **Rahel Varnhagen: La Vie d'une Juive allemande à l'époque du Romantisme**. Tradução de Henri Plard. Paris: Tierce, 1986, p. 247.

³⁷⁰ O acordo típico foi apresentado na seção 1.3.2 O acordo de financiamento típico, modalidades e forma de pactuação, bem como, em subseção subsequente, alguma especificidade no direito brasileiro. Para efeitos do tratamento dos imperativos éticos na contratação, esta seção aborda o contrato de TPF sob uma perspectiva mais geral.

³⁷¹ Não se negligencia a existência e relevância de outras situações subjacentes aos imperativos éticos no universo do *third-party funding*. Questões como confidencialidade, imparcialidade e independência, dever de revelação e conflitos de interesses que certamente impactam, para além do financiado e do financiador, as

objetivo principal sustentar que os imperativos éticos gestados no plano da cultura e operados no plano da civilização, ao longo do processo histórico, efetivamente se concretizem para que a relação entre as partes, financiado e financiador, não incorra nas práticas danosas do passado, tais como *maintenance* e *champerty*. Ademais, e tão importante quanto, para que não se desvirtue a atualização do paradigma do acesso à justiça com relação ao financiamento da arbitragem por terceiros.

Outras razões para a necessidade de imperativos éticos na contratação do TPF podem ser apontadas. Uma delas é para evitar eventual abuso de poder econômico do financiador sobre o financiado – isso pode resultar em indevida ingerência na condução do processo arbitral, causando distorções na governança do caso. Outra, é para evitar a exigência de mais vantagens pelo financiador na precificação da operação, para além do cálculo racional esperado em conformidade com a lógica econômica.

De igual maneira, a limitação proporcionada pelos imperativos éticos na relação contratual deve servir para evitar que o contrato de TPF seja usado como instrumento da má-fé. Por exemplo, usado como veículo para provocar um conflito de interesse, geralmente, entre financiador e julgador. Tão, ou mais grave ainda, usado de má-fé com o propósito de fraudar direitos e/ou causar dano à contraparte. Como o caso da interposição de demandas apenas com o propósito de assediar, importunar ou prejudicar a parte contrária, independente do mérito e não necessariamente visando ao lucro (as *sham litigation* e as *vexatious litigation*). Também é o caso de evitar-se que o incremento na resistência e na capacidade de resposta do financiado – proporcionadas pelo financiamento e que potencializam sua capacidade negocial – se tornem instrumento em táticas de guerrilha contra a contraparte. Evitar-se que sirva, por razões estratégicas ‘pouco ortodoxas’, para provocar desgaste na parte mais fraca e conduzir a uma alteração das condições regulares pela parte que tem o tempo e as finanças a seu favor.³⁷²

A ação humana decorre de escolhas entre possíveis atos. Agir é finalizar um processo cognitivo e interpretativo. E, o agir, em um ato autoconstitutivo, estabelece a conciliação dos componentes da cultura com as necessidades práticas suscitadas pela

relações entre todos os diversos agentes envolvidos num processo arbitral sujeito a uma operação de financiamento por terceiros. Algumas dessas questões foram apresentadas na subseção 1.3.2.2 Elementos caracterizadores essenciais do acordo de financiamento típico. Para efeitos do tratamento dos imperativos éticos na contratação do contrato de TPF entre financiador e financiado foi feito recorte específico na presente seção.

³⁷² São exemplo as estratégias e táticas de guerrilha, como asfixia financeira, procrastinação de etapas processuais, aumento proposital dos custos do processo, apresentação de múltiplos pareceres, pedidos de provas complexas; ainda, intimidação, escândalos de imprensa, transação parcial do conflito, desistência da apresentação de certos argumentos, dentre outros. Todos atos que, embora não primem pela moralidade, podem constituir até mesmo moeda de troca em muitos embates e disputas de indivíduos e de corporações.

civilidade.³⁷³ Agir, deliberadamente, contra a lógica do menor dano, do menor prejuízo consiste em um agir de má-fé.³⁷⁴⁻³⁷⁵

Situação essa que poderia resultar da concessão de um financiamento ao financiado por um terceiro com interesse, direto ou indireto em que o resultado da disputa seja prejudicial à contraparte – e não como operação financeira legítima, cujo interesse do financiador está no lucro que será percebido caso o financiado vença a disputa. Operação sobremaneira ilegítima ocorre caso o financiado se engaje na contratação do TPF de maneira antieconômica ou irracional, mesmo diante de uma análise que resulte em decisão de rejeitar a oportunidade, porém, em resposta a instruções e direcionamento de um terceiro extraordinário que tenha interesse no insucesso da contraparte na disputa. Trata-se de situação em que existem negociações entrecruzadas entre os agentes, em que se verifica a existência de ‘subjogos’ que se desconhece, mas existentes no curso dos ‘jogos’ aparentes e conhecidos em andamento.

Nessa linha de raciocínio, um contrato de TPF será legítimo quando não ofender os limites da legalidade³⁷⁶, nem os imperativos éticos em respeito a lógica da causação do menor dano, do menor prejuízo para todos.³⁷⁷ Na hipótese de um agir de má-fé, o contrato de TPF se revelaria no oposto do equilíbrio que deveria promover. Produziria ou ampliaria um desequilíbrio maior do que o naturalmente existente entre contendores originalmente em disparidade de armas.

É fundamental que o contrato de TPF seja dotado de legitimidade para que possa

³⁷³ PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito**: uma abordagem sistêmico-construcionista. 1.ed., 2. reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 113-114 e 268.

³⁷⁴ Dentro do recorte pretendido neste trabalho, opta-se por tratar dos limites e imperativos éticos relacionados com a cultura do *third-party funding* sob a ótica da má-fé e não sob a ótica da boa-fé, como poderia ser o mais usual. A boa-fé é esperada. Portanto, opta-se por investigar aqueles comportamentos que escapam à boa-fé e se concretizam como um agir de má-fé, para que sejam evitados. A boa-fé é, antes de tudo, um valor de ordem moral. Do ponto de vista do direito resulta, porém, em um conceito juridicamente indeterminado. Atine, mais propriamente, à interpretação dos contratos. Exprime um valor exterior revelado por normas de comportamento com o fim de inserir a regra moral no direito – traz a ética (cultura) para o plano das obrigações (civilização). Ver FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Manual de Direito Empresarial**. 8.ed. rev., ampl. e ref. São Paulo: Atlas, 2016, p. 24-25 e 283-285.

³⁷⁵ Nicola Chiaromonte entende que o postulado da boa-fé não é mais do que uma ficção intelectual, uma mistificação; que se vive em uma época de má-fé. No entanto, apesar de que nem todas as causas são conhecidas, nem todos os efeitos são calculáveis, supõe-se que exista uma certa racionalidade; que, mesmo quando não estão claras todas as razões para agir ou permanecer passivo, o fator decisivo na ocasião está em sempre eleger o mal menor. Ver CHIAROMONTE, Nicola. **La paradoja de la historia – cinco lecturas sobre el progreso: de Stendhal a Pasternak** tradução do inglês de Eduardo Gil Bera. Barcelona: Acantilado, 2018, p. 122; 145-146; e 203.

³⁷⁶ Nem tudo que é legal é legítimo, nem tudo que é legítimo é legal. Ver PUGLIESI, Márcio. **Teoria Geral do Direito**: uma abordagem sistêmico-construcionista. 1.ed., 2. reimp. São Paulo: Aquariana, 2023, p. 265.

³⁷⁷ Entende-se cabível a comparação com a concepção de Montesquieu na qual se fundamenta o direito das gentes: durante a paz, as nações devem fazer o maior bem possível umas às outras e, na guerra, o menor mal possível. Ver ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**; tradução de Sérgio Barth. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 55.

realizar, na civilidade, os projetos da cultura do *third-party funding*. Assim mesmo, é imperativo que eventuais constatações de má-fé em contratos de TPF sejam tratadas de modo preciso e definitivo no campo da civilidade, mantendo-se o debate das consequências nesse plano. E, assim, evitar o deslocamento de eventual debate para o campo da cultura, para que não se contaminem os valores idealizados nos projetos da cultura do *third-party funding*.

Sustenta-se que a busca do lucro está entre os *desiderata* comuns a financiador e financiado. Inobstante, as questões éticas e morais não podem permanecer apartadas, por princípio, das escolhas para a determinação da estratégia ótima em uma operação de *third-party funding*. Adam Smith não via propósito em tratar qualquer questão, incluindo a econômica, dissociada da discussão moral.³⁷⁸

O agir e o não-agir de má-fé são escolhas no problema dialógico entre fins e meios, entre projetos e objetos, no uso legítimo ou não do contrato de TPF. Diante da premência dos imperativos éticos na cultura do *third-party funding*, sustenta-se o agir fundamentado na transparência³⁷⁹, na sinceridade³⁸⁰ e na confiança, que devem permear a relação contratual entre financiador e financiado. E que, acima de tudo, não se causem danos.³⁸¹⁻³⁸²

³⁷⁸ HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade**. Os iluminismos britânico, francês e americano. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 75-82.

³⁷⁹ A transparência pode ser entendida como uma relação a ser preservada, na qual as intenções de um agente são claras para o outro, viabilizando a confiança. Ver DI NAPOLI, Ricardo Bins. **Ética e compreensão do outro**: a ética de Wilhelm Dilthey sob a perspectiva do encontro interétnico. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 217.

³⁸⁰ A sinceridade significa uma congruência entre o âmbito interno, íntimo, como convicções, sentimentos e valores, e o âmbito externo, da palavra expressa para o outro. Exclui, portanto, a mentira e o encobrimento das relações. Ver DI NAPOLI, Ricardo Bins. **Ética e compreensão do outro**: a ética de Wilhelm Dilthey sob a perspectiva do encontro interétnico. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 217.

³⁸¹ Samuel Pufendorf considerava que três deveres naturais são absolutos, enraizados na natureza humana: não causar danos, tratar os demais como iguais e trabalhar como uma forma de contribuir fraternalmente para o bem comum. Ver COELHO, Fabio Ulhoa. **Biografia não autorizada do Direito**. 1.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2021, p. 131.

³⁸² Não se pode furtrar em recordar da obra essencial de Henry Marsh, intitulada '*Ante todo no hagas daño – Vivencias y reflexiones íntimas de un neurocirujano humanista*', na qual o autor proporciona uma visão muito particular dos inúmeros dramas humanos que aconteceram em sua prática médica. O autor comenta que a expressão '*Ante todo, no hagas daño*' é frequentemente atribuída a Hipócrates de Cos, *circa* 460 AEC. Antes de graduar-se em medicina pelo hospital universitário *Royal Free Hospital*, de Londres, o autor estudou Ciências Políticas, Filosofia e Economia na Universidade de Oxford. Ver MARSH, Henry. ***Ante todo no hagas daño – Vivencias y reflexiones íntimas de un neurocirujano humanista***. 1.ed. Barcelona: Salamandra Publicaciones y Ediciones, 2016.

Conclusão e Perspectivas

Os modernos tempos líquidos atuais são tempos de novas possibilidades e interações. Viabilizam novas potencialidades, em um contexto de inter-relações humanas – sociais e econômicas – que produzem resultados cada vez mais únicos. Tempos de relações virtuais – interpessoais e comerciais – *online* e (quase) instantâneas, que parecem cada vez mais aceleradas. Vive-se em uma sociedade de dados e da informação.

O comércio e a economia refletem as transformações nos meios de produção, nas trocas comerciais, na estruturação social e nas relações humanas. E o Direito, responsivo à tais transformações, é a amálgama para o embasamento das relações jurídicas que se formam, domésticas e internacionais. Traz segurança jurídica, viabiliza solução de conflitos, promove a pacificação social em movimentos que permitem novas transformações, em um círculo virtuoso.

O indivíduo está sempre em situação (lugar + ação), em um palco onde se apresenta a passagem de uma modernidade pesada e sólida, para uma modernidade leve e fluida, infinitamente mais dinâmica. Nesse palco, a arbitragem afirmou-se fundamental para a solução das controvérsias havidas entre as partes envolvidas em relações de trocas comerciais, como decorrência (e necessidade) do próprio comércio transfronteiriço.

Como um dos institutos jurídicos mais antigos da história e um dos primeiros meios de solução de conflitos – de forma privada, mediante a intervenção de um terceiro – viu surgir o mecanismo do financiamento da arbitragem por terceiros (o *third-party funding*), a partir de uma lógica própria de mercado. A temática abordada adquire especial relevância e complexidade diante da multiplicidade de inter-relações possíveis (muitas delas, devido ao recorte possível a este trabalho, certamente aqui não desenvolvidas) entre temas afeitos e correlatos ao *third-party funding* e à própria arbitragem, seja dentro dos limites domésticos, seja ao transcendê-los, na esfera internacional.

O interesse pelo tema é crescente, seja do ponto de vista acadêmico, seja do próprio mercado. Seja para atender àquelas partes que demandam recursos de terceiros – pela incapacidade de autofinanciamento ou pelo custo de oportunidade na alocação de seus recursos escassos – bem como àquelas que, por medidas de alocação ótima de capital e de mitigação de riscos (quando dispõem de capacidade de autofinanciamento, porém optam por aplicar seus recursos em outros propósitos, geralmente, (re)investindo na atividade empresarial) – para custear a defesa de seus direitos.

Inicialmente, o fenômeno do *third-party funding* foi contextualizado a partir de um olhar mais panorâmico. Foi posicionado dentro de um escopo maior de estruturas jurídico-financeiras, envolvendo questões multidisciplinares pensadas e desenvolvidas não só para o mercado arbitral, mas para o mercado de financiamento de litígios judiciais e outras situações especiais. Em seguida, foi inserido em um mercado de investimentos em ativos alternativos, de alto risco e retorno financeiro e de sofisticada complexidade jurídica, como uma das *special situations* do *litigation funding*. Ainda, foi conformado como acordo de financiamento típico dentro do universo arbitral.

O olhar sobre o panorama histórico se mostrou revelador das bases nas quais se fundamentou o fenômeno.

O basilar e inquestionável tema do acesso à justiça foi amplamente tratado, evidenciando qual sua principal acepção e objetivo no contexto do financiamento da arbitragem por terceiros – o acesso a uma prestação jurisdicional justa. A cultura e seu correspondente reflexo na civilização foram estudadas como prisma para a subsequente abordagem do *third-party funding* para além do acesso à justiça – revelando sua economia e sua cultura próprias.

A economia do *third-party funding* foi estudada em profundidade. Revelou e confirmou a lógica econômica que sustenta uma decisão racional de obtenção e de concessão do financiamento, sob a ótica da economia política, tanto em seu aspecto macro, quanto microeconômico.

O financiamento da arbitragem por terceiros foi contextualizado como um fenômeno dos projetos (*pro-jectum*) gestados na cultura, cujos resultados se configuram em objetos (*ob-jectum*) materializados na civilização – seja para o acesso à justiça, seja como instrumento de finanças corporativas (*corporate finance*) e de investimentos em ativos alternativos. A pretensão de evidenciar que, para além do acesso à justiça, existe uma cultura própria do *third-party funding* foi confirmada.

Alguns temas contemporâneos relevantes, concernentes à cultura do financiamento da arbitragem por terceiros, foram apresentados. Em todos, concluiu-se pela existência de uma cultura própria do *third-party funding* inserido em uma realidade de hibridação do Direito, em contextos heterárquicos e de multinormatividade. Não se descuidou, por certo, dos imperativos éticos que permeiam e circundam o fenômeno diante de suas questões multidisciplinares e de sofisticada complexidade jurídica.

Em que pese críticas que possam existir ao mecanismo, é mais do que válido festejar

o seu amplo desenvolvimento e maior utilização. Ajustes poderão ser necessários. Nada diferente do que vem sendo feito pelo Direito desde os primeiros registros históricos do financiamento de litígios por terceiros, em consonância com os imperativos decorrentes de um efervescente comércio internacional.

Ao invés de um olhar pessimista, muitas vezes sob o viés de proposições regulatórias extremadas, prefere-se um olhar otimista, que privilegie a autonomia das vontades e o *pacta sunt servanda* na sua contratação, as vantagens e benefícios decorrentes da sua racionalidade econômica – não só às partes, como ao sistema arbitral – e, fundamentalmente, o exercício da liberdade.

Com o crescente interesse pelo tema e com os novos desenvolvimentos possíveis, dentro do potencial de mercado que há, espera-se que o uso do financiamento da arbitragem por terceiros possa trazer ainda mais vigor para o sistema arbitral. Ao ajudar no financiamento dos custos de transação para os agentes, viabiliza o acesso à justiça, permite mais equilíbrio das partes e melhor paridade de armas no acesso à prestação jurisdicional arbitral no ambiente globalizado.

Sustenta-se que, no plano civilizatório, consiste na utilização de um instrumento que agrega valor e eficiência econômica à atividade empresarial e à economia – pela redução de assimetrias, de externalidades, circulação de capitais, dentre outras vantagens já defendidas – bem como ao próprio sistema de solução de controvérsias pela viabilização do acesso e redução dos desequilíbrios na relação entre os contendores.

Ademais, diante da lógica e racionalidade econômica, bem como dos projetos da cultura, inerentes ao *third-party funding*, entende-se mitigada a alegação do risco do financiamento das *frivolous or unmeritorious claims* no plano dos objetos do financiamento da arbitragem por terceiros.

Sustenta-se, também, o grande impacto do uso do *third-party funding* nos departamentos jurídicos corporativos das empresas, na transformação cultural que se opera diante da lógica empresarial: de subunidades improdutivas, em centros de lucro para a empresa.

Concluiu-se que o *third-party funding* tende a agregar eficiência e racionalidade econômica para as relações contratuais. Torna menos vantajoso o descumprimento oportunista de contratos; aumenta as perdas esperadas em decorrência do inadimplemento; desincentiva inadimplementos unilaterais que visem obter algum lucro no *trade-off* entre os ganhos esperados e os custos a serem incorridos pelo descumprimento.

Em linha com a lógica macroeconômica, a cultura do *third-party funding* produz externalidades positivas ao aumentar a segurança dos contratos e a frequência de sua celebração. De maneira complementar, reduz ou permite internalizar externalidades negativas ao dissuadir potenciais inadimplementos conscientes.

Finalmente, diante da premência dos imperativos éticos na cultura do *third-party funding*, sustentou-se o agir fundamentado na transparência, na sinceridade e na confiança, que devem permear a relação contratual entre financiador e financiado. E que, acima de tudo, não se causes danos.

O presente trabalho estudou o fenômeno do *third-party funding* sob a ótica do Direito das relações econômicas internacionais, no contexto da arbitragem internacional, em suas intrincadas relações multidisciplinares. Nessa conjuntura, tratou de evidenciar a existência, para além do acesso à justiça, de uma economia e uma cultura próprias ao fenômeno. Terá atingido seu objetivo se, ao final da leitura, lograr em contribuir com mais uma centelha de luz sobre o tema.

Referências Bibliográficas

Livros e capítulos de livros

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito, poder e opressão**. 2.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.

ALVARENGA, Silvia Tamberi. **Escolha racional da arbitragem**: motivações jurídicas e econômicas. Belo Horizonte: Initia Via, 2013.

ARAUJO, Clayton Vinicius Pegoraro. Direito da concorrência no Brasil: seus desdobramentos econômicos e os aspectos da regulação dos atos de concentração de empresas. *In* GUIMARÃES, Antonio Márcio da Cunha e FERREIRA, Carolina Iwancow. (Organizadores). **Desafios empresariais e seus reflexos jurídicos**. 1.ed. São Paulo: Ícone, 2013.

ARENDDT, Hannah. *Rahel Varnhagen: La Vie d'une Juive allemande à l'époque du Romantisme*. Tradução de Henri Plard. Paris: Tierce, 1986.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**; tradução de Sérgio Barth. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**; tradução de Plínio Dentzien 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**; tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.

BAUMAN, Zygmunt e MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a Sociologia**; tradução de Alexandre Werneck. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.

BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a new modernity*. Thousand Oaks: Sage, 1992.

BOURDIEU, Pierre. Os três estados do capital cultural. *in* NOGUEIRA, M. A.; CATANI, A. (orgs.) **Escritos de Educação**. 3 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global**: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Contracorrente, 2022.

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

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça**: o novo paradigma do *third-party funding*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTRO, João Mendes de Oliveira. O financiamento de litígios no sistema de solução de controvérsias. *In* PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) **Litigation Finance e Special Situations**: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações. São

Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

CASTRO, Leonardo Viveiros de; SETTON Renata Szczerbacki; e DIAS Rafaela de Oliveira Duarte. O *DIP Financing* na Lei n.11.101/05: a posição do financiador da empresa em recuperação judicial. *in* PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) ***Litigation Finance e Special Situations***: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

CHIAROMONTE, Nicola. ***La paradoja de la historia – cinco lecturas sobre el progreso: de Stendhal a Pasternak***. Tradução do inglês de Eduardo Gil Bera. Barcelona: Acantilado, 2018.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Biografia não autorizada do Direito**. 1.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2021.

_____. **Curso de Direito Comercial**. v.1, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Comercial**. v.3, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Os livres podem ser iguais?: Liberalismo e Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022.

COSTA, Isac. Como comprar uma briga: variáveis econômicas e arranjos jurídicos para projetos de *litigation finance* no Brasil. *In* PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) ***Litigation Finance e Special Situations***: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

DALBOSCO, Gustavo Dallazem. Evolução e desafios da arbitragem na prestação de uma tutela jurisdicional efetiva. *In* FINKELSTEIN, Cláudio. (Org.) **Arbitragem e Direito**: estudos pós-graduados. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

DEL MONACO, Bianca Maria Fusco Galvão. **Financiamento de litígios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

DELLOVA, Renato Souza. Relações Econômicas: empresas e teoria do risco. *In* GUIMARÃES, Antonio Márcio da Cunha e FERREIRA, Carolina Iwancow. (Organizadores). **Desafios empresariais e seus reflexos jurídicos**. 1.ed. São Paulo: Ícone, 2013.

DILTHEY, Wilhelm. ***Gesammelte Schriften***. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1960.

DI NAPOLI, Ricardo Bins. **Ética e compreensão do outro**: a ética de Wilhelm Dilthey sob a perspectiva do encontro interétnico. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DOWNES, John e GOODMAN, Jordan Elliot. **Dicionário de termos financeiros e de investimento**. Tradução de Ana Rocha Tradutores Associados. São Paulo: Nobel, 1993.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; e FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de arbitragem comentada artigo por artigo**. São

Paulo: Juspodivm, 2019.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Direito Internacional**. São Paulo: Atlas, 2013.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Manual de Direito Empresarial**. 8.ed. rev., ampl. e ref. São Paulo: Atlas, 2016.

FONTMICHEL, Maximin de. *Le faible et l'arbitrage*. Paris: Economica, 2013.

FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. In SALOMÃO, Jayme. (Direção geral) **Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Volume XXI (1927-1931): O futuro de uma ilusão, O mal-estar na civilização; e outros trabalhos; tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

GEERTZ, Clifford James. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; e TONETO JR., Rudinei. **Economia brasileira contemporânea: para cursos de Economia e Administração**. São Paulo: Atlas, 1996.

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha e GUIMARÃES, Arianna Stagni. Direito do Comércio Internacional: relação entre matérias. In GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha e GUIMARÃES, Arianna Stagni. (Coord.) **Direito do Comércio Internacional: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Geraldo José Guimarães da Silva**. São Paulo: Lex Editora, 2013.

HAYEK, Friedrich A. **O renascimento do liberalismo**; editado por Peter G. Klein; tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Faro, 2021.

HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade**. Os iluminismos britânico, francês e americano. Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 17.ed. São Paulo: LTr, 2023.

LANG, Camila Du Plessis. Financiamento de litígio: estruturas e tendências atuais. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) *Litigation Finance e Special Situations*: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MANNHEIMER, Sergio Nelson e MONTEIRO, Andre Luis. *Third-party funding* e alocação de custos na arbitragem. In MACHADO FILHO, José Augusto Bittencourt; QUINTANA, Guilherme Enrique Malosso; RAMOS, Gustavo Gonzalez; BAQUEDANO, Luis Felipe Ferreira; BIOZA, Daniel Mendes; e, PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes. (Org.) **Arbitragem e Processo**: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

MARCUSE, Herbert. **Cultura e Sociedade**. Vol 1; tradução de Wolfgang Leo Maar, Isabel Maria Loureiro e Robespierre de Oliveira. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

MARSH, Henry. *Ante todo no hagas daño – Vivencias y reflexiones íntimas de un*

neurocirujano humanista. 1.ed. Barcelona: Salamandra Publicaciones y Ediciones, 2016.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de Direito Arbitral**: teoria e prática. 8.ed. Curitiba: Juruá, 2022.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. *Aestheticism in Nietzsche and Foucault*. In FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes e ZILES, Urbano. (Org.) **Filosofia**: diálogo de horizontes – *Festschrift* em homenagem a Jayme Paviani. Caxias do Sul: EDUCS e Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

PETSCHKE, Markus. *The Concept of Investment in ICSID Arbitration*. *Oxford International Arbitration Series* – OUP: 2024.

POSNER, Richard Allen. *Economic analysis of law*. 8.ed. New York: Aspen Publishers, 2011.

PUGLIESI, Márcio. **Filosofia e Direito**: uma abordagem sistêmico-construcionista. Tomo 1: Tomo 2. São Paulo: Aquariana, 2021.

_____. **Teoria Geral do Direito**: uma abordagem sistêmico-construcionista. 1.ed., 2.reimp. São Paulo: Aquariana, 2023.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RUELLE, David. *Chance and chaos*. Princeton: Princeton University Press, 1991.

SANTOS, Vinícius Eduardo Pereira dos. **Financiamento de litígios por terceiros**: *third-party funding* como incentivo ao acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 2022

SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SAYEG, Ricardo. Uma proposta de emenda constitucional para o capitalismo humanista na Constituição Federal. In GUIMARÃES, Antonio Márcio da Cunha e GUIMARÃES, Arianna Stagni. (Coord.) **Direito do Comércio Internacional**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Geraldo José Guimarães da Silva. São Paulo: Lex Editora, 2013.

SCHUMPETER, Joseph. **A teoria do desenvolvimento econômico**. Tradução de Maria Sílvia Possas São Paulo: Abril Cultural, 1982.

SOLAS, Gian Marco. *Third-party funding – Law, Economics and Policy*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2019.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2003.

SWEIFY, Mohamed F. *Third party funding in International Arbitration – A critical appraisal and pragmatic proposal*. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2023.

SZTAJN, Rachel. Comentários ao art. 47 da Lei 11.101/2005. In SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2007.

TEUBNER, Gunther. *Privatregimes. Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?*. In SIMON, Dieter; WEISS, Manfred. (Coord.) *Zur Autonomie des Individuums*. Baden-Baden, 2000.

VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958: towards an uniform judicial interpretation*. The Netherlands: Kluwer, 1981.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Bancos Centrais no Direito Comparado: o Sistema Financeiro Nacional e o Banco Central do Brasil (o regime vigente e as propostas de reformulação)**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VESTING, Thomas. *Die innere Seite des Gesetzes. Symbolische Ordnung, Rechtssubjektivität und Umgang mit Ungewissheit*. In AUGSBERG, Ino. (Coord.) *Ungewissheit als Chance*. Tübingen, 2009.

VISCONTE, Debora; e MARRA, Marianna Falconi. Apontamentos sobre o *third-party funding* e *special situations*. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) *Litigation Finance e Special Situations: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa e tratamento adequado de conflitos – Resolução 125 do CNJ. In MACHADO FILHO, José Augusto Bittencourt; QUINTANA, Guilherme Enrique Malosso; RAMOS, Gustavo Gonzalez; BAQUEDANO, Luis Felipe Ferreira; BIOZA, Daniel Mendes; e, PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes. (Org.) **Arbitragem e Processo: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona. Volume II**. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

YARSHELL, Flávio Luiz; e AUILO, Rafael Stefanini. Breves apontamentos sobre o financiamento de litígios por terceiros para empresas em crise. In PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) *Litigation Finance e Special Situations: financiamento de litígios, aquisição de direitos creditórios e outras operações*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

Artigos, Periódicos e Revistas

BEDI, Suneal e MARRA, William C. *The Shadows of Litigation Finance*. *Vanderbilt Law Review*, vol. 74. Tennessee: 2021.

BIRAL, Camila; e MACHADO, César Rossi. *Practical tips for managing arbitration*. In ALVES, Rafael; e COSTA, Mônica Mendonça. (Ed.) *CPR Corporate counsel practical guide for arbitration in Brazil*. Nova Iorque: International Institute for Conflict Prevention & Resolution, 2022.

BLACKABY, Nigel; e WILBRAHAM, Alex. *Third-party Funding in Investment Treaty Arbitration*. In YANNACA-SMALL, Katia (ed) *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)*. London: Oxford University Press, 2018.

BOOM, Willem H. van. *Third-party Financing in International Investment Arbitration*.

Rotterdam, The Netherlands: Erasmus School of Law, 2011.

BURKE, Cassandra. *The Impact of Third-Party Financing on Transnational Litigation*. Case Western Reserve University, School of Law Scholarly Commons, Faculty Publications, vol. 44. Ohio: 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. **O processo arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 1, n. 1. São Paulo: jan-abr 2004.

DARWAZEH, Nadia; e LELEU, Adrien. *Disclosure and securities for costs or how to address imbalances created by third-party funding*. *Journal of International Arbitration*, vol. 33, Kluwer Law International. New York: 2016.

DE BOULLE, Thibault. *“Third-Party Funding” in International Commercial Arbitration*. Master thesis of the education ‘Master of Laws’. Faculty of Law, Universiteit Gent. Gent, Bélgica: 2013-14.

DE OLIVEIRA HOERBE, Gustavo Pedro. **Um olhar sobre a regulamentação cambial brasileira no âmbito do Direito Internacional Comercial: de onde viemos e para onde vamos?**. Revista DIGE – Direito Internacional e Globalização Econômica, v. 9, n. 9, p. 273–296, 2022. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DIGE/article/view/59486>. Acesso em: 11 dez. 2022.

DE OLIVEIRA HOERBE, Gustavo Pedro. **Novos acordos societários para a capitalização de startups: os contratos SAFE e KISS como instrumentos viabilizadores de financiamento e investimento em startups – Uma breve história, modalidades e delineamentos críticos**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 102, ano 26, p. 193–218. São Paulo: Editora RT, out/dez. 2023.

DOĞAN, Adnan Tarık. *Third-party funding in international investment arbitration*. *Public and Private International Law Bulletin*, 42(2), Faculdade de Direito, Universidade de Istambul. Turquia: 2022.

HARWOOD, Miriam K., BATIFORT, Simon N. e TRAHANAS, Christina. *Third-party funding: security for costs and other key issues*. *The Investment Treaty Arbitration Review*, edition 2. Londres: Law Business Research, 2017.

HENRIQUES, Duarte Gorjão. *Third-Party Funding: A Protected Investment?* Revista do Club Español del Arbitraje, n. 30. Madrid: 2017.

JACKSON, Rupert. *Review of Civil Litigation Costs: Final Report 2009 – Chapter 11. Third-party funding*. London: Crown, 2010.

KADARISMAN, Abimanyu. *Disclosure of Third-Party Funding Arrangements and the Existence of Third-Party Funders in International Investment Arbitration*. *Indonesian Journal of International Law*: vol. 17, n. 1, article 5. Indonesia: 2019.

LESPÉRANCE, Annie; RAZ, Daniela; e GOÑI, Leticia. *The state of dispute funding in Latin America*. In ASTIGARRAGA, José. (Ed.) *The guide to arbitration in Latin America*. Londres: Law Business Research, 2022.

LI, X. Y. ***Third-Party Funding in International Arbitration: An Analysis of Policy Challenges and Practical Considerations.*** *Beijing Law Review*, 15. Beijing: 2024.

LINH, Tran Hoang Tu; e BUI, Trung Hieu. ***Third-Party Funding in Commercial Arbitration in ASEAN: Dealing with Conflicts of Interest.*** *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 16, n. 1. Taiwan: 2023.

MACLAUGHLIN, Jim. ***Nation-building, social closure and anti-traveller racism in Ireland.*** *Sociology*, vol. 33, fev 1999.

MASTRAGOSTINO, Francesca. ***Third-party funding in international arbitration: the funder's perspective.*** *Les dossiers du blog de l'arbitrage, Club de l'arbitrage, Centre de Droit Économique, Aix-Marseille Université.* Aix-en-Provence: 2022.

MONTPETIT, Elizabeth. ***The Economics of International Arbitration and Third-Party Funding: What It Is, What It Might Be, and What It Should Be.*** In FULLELOVE, Gregory Roy; HAMZI, Laila; et al. (eds) ***International Arbitration in England: Perspectives in Times of Change.*** Kluwer Law International, 2022.

NEUBERGER, David. ***From Barretrie, Maintenance and Champerty to Litigation Funding.*** *Harbour Litigation Funding First Annual Lecture* 8 May 2013.

PACHAHARA, Shantanu; e GANDHI, Vikas. ***Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: It is About Time for Regulations.*** *Conflict Studies Quarterly*, issue 41. Gujarat, India: 2022.

RILES, Annelise. ***Aspiration and control: international legal rhetoric and the essentialization of culture.*** *Harvard Law Review*, vol. 106, 1993.

RODAK, Mariel. ***It's about Time: A System Thinking Analysis of the Litigation Finance Industry and Its Effect on Settlement.*** *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155. Pennsylvania: 2006.

ROSENBERG, David; e SHAVELL, Steven. ***A model in which suits are brought for their nuisance value.*** *International Review of Law and Economics*, vol. 5(1). Elsevier: 1985.

SACHS, Klaus Michael. ***La protection de la partie faible en arbitrage.*** *Gazette du Palais – Les Cahiers de l'Arbitrage*, n. 21, 2007.

SARKAR, Swargodeep. ***Third-Party Funding in International Arbitration: New Challenges and Global Trends.*** *International Journal of Legal Science and Innovation*, vol. 2, issue 3. India: 2020.

STEINITZ, Maya. ***Whose claim is this anyway? Third-Party Litigation Funding.*** *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 11-31. Iowa: 2011.

WENDEL, W. Bradley. ***Alternative litigation finance and anti-commodification norms.*** *DePaul Law Review*, vol. 63. 2014.

Legislação e *soft law*

AMERICAN BAR ASSOCIATION, COMMISSION ON ETHICS 20/20. *Information Report to the House of Delegates*. Estados Unidos: White Paper, 9, 2011.

BRASIL. Código de Processo Civil (CPC). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 24 jun. 2025.

BRASIL. Comissão de Valores Imobiliários. INSTRUÇÃO CVM Nº 444/2006. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst444.html>. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. Comissão de Valores Imobiliários. Resolução CVM Nº 175/2022. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol175.html>. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. LEI 10.406/2002. Institui o Código Civil. 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 dez. 2022.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP / FIESP. Resolução Nº 6/2019. Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/atos-normativos/resolucao-6-2019.html>. Acesso em: 17 dez. 2022.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL (CAMARB). Resolução administrativa Nº 14/2020. Disponível em: <https://camarb.com.br/arbitragem/resolucoes-administrativas/resolucao-administrativa-n-14-20/>. Acesso em: 17 dez. 2022.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC). 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/>. Acesso em: 17 dez. 2022.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San José, Costa Rica. 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 17 nov. 2024.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *ICC dispute Resolution 2020 statistics. ICC Publication nº drs895 eng*. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/>. Acesso em: 21 dez. 2022.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Regulamento de arbitragem da câmara de comércio internacional (ICC). Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014->

[mediation-rules-portuguese-version.pdf](#). Acesso em: 17 dez. 2022.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration. Londres: ICCA Reports, 2018.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/statute>. Acesso em: 15 jun. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas.** Disponível em: <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2025.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia de Direitos Humanos.** 1953. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Acesso em: 17 nov. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da Carta da Energia.** 1991. Disponível em: https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Founding_Docs/ECT-es.pdf. Acesso em: 15 jun. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.** Jornal Oficial da União Europeia, Bruxelas, C 326, p. 391-406, 26 out. 2012. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf. Acesso em: 15 jun. 2025.

UNIÃO EUROPEIA E CANADA. *The Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the EU (CETA) – Chapter eight: Investment – Article 8.1 – Definitions.* Disponível em: <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/08.aspx?lang=eng>. Acesso em: 01 jun. 2025