



Alexandra Sofia Mendes Gonçalves

Third Party Funding na Arbitragem Comercial

A aplicabilidade do financiamento de litígios por terceiros e a
possibilidade da sua regulação

Dissertação com vista à obtenção
do grau de Mestre em Direito

Mestrado em Direito: Forense e Arbitragem

Orientador: Doutor António Pedro Pinto Monteiro

15 de junho de 2018



Alexandra Sofia Mendes Gonçalves

Third Party Funding na Arbitragem Comercial

A aplicabilidade do financiamento de litígios por terceiros e a
possibilidade da sua regulação

Mestrado em Direito: Forense e Arbitragem

Doutor António Pedro Pinto Monteiro

Ano Letivo: 2017/2018

15 de junho de 2018

*Price is what you pay. Value is
what you get.*

Warren Buffett

Declaração de Compromisso Anti-plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, 15 de junho de 2018

Alexandra Sofia Mendes Gonçalves

Agradecimentos

Porque ainda que seja o meu nome que figura como autora, este trabalho não teria sido possível sem o contributo de tantas outras pessoas. É a eles que dedico este resultado.

Ao Doutor António Pedro Pinto Monteiro por ter aceitado orientar esta Dissertação, pela sabedoria, pelo rigor e pela partilha de ideias, por toda a ajuda e pela calma que sempre me transmitiu, mas, sobretudo, por ter acreditado sempre no sucesso desta demanda e por me fazer acreditar também.

À Ana Rita, à Maria Berta, à Rafaela, à Inês, ao Pedro, à Maria Barros e a tantos outros maravilhosos amigos que esta vida me tem proporcionado e que mesmo não estando aqui mencionados ocupam sempre um lugar especial no meu coração. Porque sempre me acompanharam nesta jornada, me ampararam nos momentos maus, celebraram comigo os momentos bons e porque nunca desistiram de mim.

Aos meus queridos colegas Dr.^a Maria Amália Almeida e Dr. Ricardo Rabaça por me proporcionarem tantas oportunidades para crescer, pelo apoio absoluto sem nunca pedirem nada em troca, mas acima de tudo, pela amizade.

A toda a minha família, sempre alegres, sempre do meu lado e por terem uma fé imensa e quase certa de que vou sempre vencer.

À minha irmã, a minha melhor amiga de sempre, a minha menina reguila, que é capaz de com um só olhar voltar a colocar os meus pés bem assentes na Terra. Porque a adoro mais do que a vida, porque é capaz de me fazer rir e chorar com a maior das intensidades, mas principalmente, porque nunca me deixa só.

Por fim, aos mais importantes sempre, os meus pais, que amo com todo o meu coração e a quem tenho a agradecer tudo o que tenho hoje. Porque sempre se sacrificaram por mim e nunca deixaram que qualquer obstáculo impedisse o meu caminho. Porque nunca me deixam desamparada e por serem o meu porto de abrigo quando a tempestade cresce. Por me amarem incondicionalmente.

A todos vós o meu mais sincero obrigado. Sem vocês nunca teria chegado onde cheguei. Espero deixar-vos a todos orgulhosos.

Modo de Citar e Outras Convenções

- I. As referências bibliográficas constam quer das notas de rodapé, quer de uma lista final.
- II. Na lista bibliográfica final as obras são citadas com a indicação do(s) autor(es), título, número de volume (quando exista), número de edição (quando exista), editora, local de edição, ano de publicação e página(s).
- III. Os artigos publicados em revistas e obras coletivas seguem, tendencialmente, a seguinte forma de citação: autor(es), título do artigo, nome da revista ou obra onde o artigo está inserido, número (se existir), ano e respectivas páginas.
- IV. Nas notas de rodapé, os artigos e livros citados são-no de modo abreviado, sendo apenas feita referência ao autor, título da obra (na primeira citação completo, nas restantes abreviado ou feita a referência “cit.”) e número de página.
- V. As abreviaturas utilizadas ao longo do corpo da dissertação estão identificadas por ordem alfabética na Lista de Abreviaturas infra.
- VI. As notas de rodapé, para além das entradas bibliográficas que oferecem, pretendem sustentar afirmações e dar a conhecer um pouco mais sobre determinados temas.
- VII. Todas as expressões em latim ou estrangeirismos são redigidas em itálico, a fim de as destacar.

Contagem de Caracteres

O corpo da presente dissertação é composto por 197.763 caracteres, incluindo notas de rodapé e espaços.

Lista de Abreviaturas

- a.C. – antes de Cristo
- ABA – *American Bar Association*
- Ac. - Acórdão
- ALF – *Association of Litigation Funders*
- ALFA – *American Legal Finance Association*
- Art.: artigo
- ATE *insurance* – *after-the-event insurance*
- BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*, Código Civil Alemão
- BTE *insurance* – *before-the-event insurance*
- BRAO – *Bundesrechtsanwaltsordnung*, Código de Ética para Advogados Alemães
- CAC – Centro de Arbitragem Comercial da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa
- CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara do Comércio Brasil Canadá
- CC – Código Civil, na redação atual do D.L. n.º 47344/66, de 25 de Novembro
- CCBC – Câmara do Comércio Brasil Canadá
- CDA – Código Deontológico do Árbitro, parte integrantes do Regulamento do CAC
- CDAE – Código de Deontologia dos Advogados Europeus
- Cfr.: conferir
- Cit. - citado

O *Third Party Funding* na Arbitragem Comercial

- Coord. - Coordenação
- CP – Código Penal
- CPC: Código do Processo Civil
- CRP: Constituição da República Portuguesa
- D.L. – Decreto-Lei
- EOA – Estatuto da Ordem dos Advogados, na redação mais recente da Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro
- EUA: Estados Unidos da América
- *Funder* – *Third Party Funder* ou financiador
- GAR – *Global Arbitration Review*
- HGB – *Handelsgesetzbuch*, Código Comercial Alemão
- IBA – *International Bar Association*
- ICCA - *International Council for Commercial Arbitration*
- LAV – Lei da Arbitragem Voluntária
- Meios RAL – Meios de Resolução Alternativa de Litígios
- N.º: Número
- P(p). – página(s)
- PME – Pequenas e Médias Empresas
- SIAC – *Singapore International Arbitration Center*
- SPV – *Special Purpose Vehicles* ou Sociedades Veículo
- SRA – *Solicitors Regulation Authority*
- STJ – Supremo Tribunal de Justiça

- TPF - *Third Party Funding*
- UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*

Índice

Declaração de Compromisso Anti-plágio	5
Agradecimentos	6
Modo de Citar e Outras Convenções	7
Contagem de Caracteres	8
Lista de Abreviaturas	9
Índice	12
Resumo	14
Abstract	15
Introdução	16
1. TPF: O Primeiro Contacto	20
1.1 O que é o <i>Third Party Funding</i> ?	20
1.2 As Raízes do TPF	27
1.3 Os Principais Atores e Cenários do TPF	33
1.3.1 Alguns Dados Estatísticos	33
1.3.2 Os <i>Funders</i>	35
1.3.3 As Modalidades de TPF	38
2. O TPF no Mundo	41
2.1 Generalidades	41
2.2 Brasil	42
2.3 Inglaterra e o País de Gales	45
2.4 Irlanda	49
2.5 Alemanha	51
2.6 EUA	54
2.7 Hong Kong e Singapura	59
3. O TPF e o Processo Arbitral	63
3.1 Vantagens do TPF	63

3.1.1 Acesso à Justiça	63
3.1.2 Due Diligence do Funder	66
3.2 Desvantagens do TPF	68
3.2.1 Aumento da litigância sem mérito	68
3.2.2 Controlo do processo pelo <i>funder</i>	71
3.3 As Implicações, Especificidades e Problemas do TPF no Processo Arbitral	73
3.3.1 A Independência e Imparcialidade dos Árbitros.....	73
3.3.2 Confidencialidade	77
3.4 Deve o TPF ser regulado?	81
 4. <i>Third Party Funding</i>: Uma miragem no Ordenamento Português?	85
4.1 Generalidades	85
4.2 Vicissitudes do Ordenamento Português	87
4.2.1 Os Deveres Deontológicos do Advogado.....	87
4.2.2 A Proibição Geral da Usura.....	91
4.2.3 A Natureza do Acordo de Financiamento: Associação em Participação?	93
4.2.4 Dever de divulgação para árbitros à luz da LAV e do Regulamento do CAC .	96
4.2.5 A responsabilidade do <i>funder</i> no pagamento de custas de parte	99
 Conclusões	102
Bibliografia.....	106

Resumo

O presente estudo centra-se na análise do instituto do *third party funding*, principalmente na sua aplicação à arbitragem comercial.

A arbitragem, enquanto meio de resolução alternativa de litígios, caracteriza-se geralmente pela sua celeridade e flexibilidade processual. No entanto, acarreta custos cada vez mais elevados, que têm dificultado o seu acesso, particularmente para as entidades com uma capacidade económica mais reduzida.

Numa tentativa de aliviar aqueles encargos discute-se a aplicação do TPF.

O TPF ocorre quando um terceiro decide financiar parte ou a totalidade dos custos de um dos litigantes, recebendo em contrapartida uma fração dos ganhos que o litigante obtenha com a causa. Só em caso de sucesso é que o *funder* é retribuído pelo seu investimento.

Estando já previsto nalgumas jurisdições no mundo que o aceitaram como uma forma de facilitar o acesso à Justiça, noutras é ainda visto com desconfiança, motivada por ancestrais preconceitos para com a intervenção de terceiros (financiadores) em litígios.

A precisa concretização do seu âmbito é também difícil, já que se trata de uma realidade em evolução. Para além disso, a previsão da sua regulação é rara e circunscrita a alguns ordenamentos jurídicos e centros de arbitragem que expressamente preveem a sua aplicação.

Na arbitragem comercial, apesar das vantagens que abarca, pode gerar problemas ao nível dos próprios princípios que regem o processo arbitral, podendo criar conflitos de interesses com os árbitros e pôr em causa a confidencialidade predominante naquele processo.

Em Portugal, o TPF não está ainda previsto, nem são conhecidos casos concretos em que tenha sido usado. Ainda assim, há margem para a sua aplicação no território, desde que acautelada a harmonia com as regras e princípios vigentes.

Esta Dissertação tem como objetivo perceber se o TPF é verdadeiramente uma opção viável no seio da arbitragem comercial e se as suas desvantagens podem ser ultrapassadas através da sua regulação, por forma a manter a arbitragem na mira daqueles que queiram uma resolução efetiva dos seus conflitos.

Palavras-chave e expressões-chave: *Third party funding*; arbitragem; arbitragem comercial; financiamento de litígios por terceiros; processo arbitral.

Abstract

This study focuses on third party funding, especially its application in commercial arbitration.

Arbitration as an alternative dispute resolution mechanism is usually known for its celerity and flexibility. However, it entails high costs and expenses, making arbitration difficult to reach, particularly for those who have limited financial resources.

In an attempt to lighten those costs and expenses it has been discussed the possibility of third party funding.

TPF occurs when a third party decides to pay for a part or the total amount of costs that litigation requires of one of the litigants and in return the funder is entitled to a part of the success obtained by the financed party. Only if the party wins the dispute will the funder be rewarded.

It's already in force in some jurisdictions around the world that seem to understand it as a tool for an easier access to Justice. However, some jurisdictions still impose some restrictions driven by the medieval beliefs of mistrust of third party interventions in disputes.

The precise definition of TPF is also a struggle because of its evolutionary state. In addition, its regulation is rare with only a few jurisdictions and arbitration centers expressly permitting its application.

Notwithstanding its advantages in commercial arbitration it can also create some problems concerning the general principles applicable to the arbitral proceedings, having the ability to create conflicts of interest with the arbitrators and jeopardize the confidentiality that reigns in arbitration.

In Portugal, TPF is not yet a reality nor there are known cases in which it was used. Nevertheless, there are advantages in its application in our country as long as it's done with caution for the rules and principles in place.

This thesis aims to understand if TPF is indeed a viable and fortunate way in commercial arbitration and if its disadvantages can be override specially through its regulation in order to guarantee that arbitration keeps its position as an efficient way of solving disputes.

Keywords: *Third party funding*; arbitration; commercial arbitration; third party litigation funding; arbitral proceedings.

Introdução

Ao dispor dos cidadãos que queiram resolver um litígio ou um conflito que tenha surgido nas suas esferas jurídicas, existe atualmente uma miríade de métodos para o fazer.

O acesso à justiça, cada vez mais, deixou de estar limitado ao recurso aos tribunais estaduais e ao sistema de justiça público, ao qual todos reconhecem muitas desvantagens e uma incapacidade, principalmente de recursos, que cada vez mais se tornava visível e que cada vez mais se tornava um obstáculo à resolução célere e justa dos litígios. Diga-se, na verdade, ao próprio acesso à justiça.

É, neste contexto, que assumem particular relevância os denominados meios de resolução alternativa de litígios, que, como o próprio nome indica, são o conjunto de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos processos em sede de tribunal estadual¹.

De entre eles, merece um especial destaque no nosso trabalho a arbitragem. Com a constituição de uma instância arbitral que decidirá, qual juiz num tribunal comum, o litígio que surgiu entre as partes, a arbitragem é reconhecida como “um tribunal privado”, mais rápido, mais eficiente, mas por norma mais caro.

Esta última característica dá o mote de entrada para a discussão a que nos comprometemos neste estudo. Na verdade, mesmo ultrapassada a falta de opções que permitissem uma justiça mais eficaz, mantém-se, como uma *pedra no sapato* daqueles que precisam de resolver os seus litígios, o problema da falta de meios económico-financeiros para o fazer.

Na tentativa de atenuar esta dificuldade, tem-se discutido, sobretudo nos últimos anos, uma opção diferente para contornar a escassez de meios para fazer face aos custos que um litígio abarca. Referimo-nos ao *Third Party Funding* ou financiamento de litígios por terceiros.

¹GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, p. 17.

O TPF, como a própria denominação faz transparecer, consubstancia-se numa disponibilização de capital por uma entidade terceira que tem como destinatário um dos litigantes em conflito.

Mas o que verdadeiramente o torna ímpar é a forma de reembolso deste investimento: o financiador é reembolsado e remunerado apenas se a parte financiada tiver sucesso na causa. Caso o pedido da parte seja indeferido, o financiador não receberá nada – nem o reembolso do capital disponibilizado nem qualquer retribuição por esse investimento.

É, portanto, uma operação a que está associada risco. Mas o risco, para determinados setores da atividade financeira, não só não é um obstáculo, como, pelo contrário, se torna num incentivo, já que uma maior probabilidade de insucesso retornará numa maior retribuição.

Ao contrário do que à primeira vista podia transparecer, o financiamento de litígios por terceiros não é uma invenção da idade contemporânea, defendendo alguns autores que a sua prática, ainda que muito primitiva, já era comum na Grécia Antiga. Foi, depois, sendo discutida ao longo dos séculos ao nível do financiamento dos processos judiciais.

No entanto, no âmbito da arbitragem comercial está ainda a dar os primeiros passos, os quais já trouxeram várias preocupações, quer aos aplicadores e intervenientes em processos arbitrais, quer a académicos que se dedicam ao estudo da Arbitragem Comercial.

É certo que do ponto de vista meramente mercantilista, é uma oportunidade de negócio e de investimento rentável. Até porque, quanto maior o risco, ainda que a probabilidade de sucesso possa ser inferior, maior será o retorno.

Mas quando olhamos pela mira do Direito, várias questões se podem levantar quanto à sua validade e aplicação, mesmo que se lhe reconheçam vários benefícios para o sistema jurídico em geral, o maior de todos eles, a facilitação do acesso à justiça.

Desde logo, a natureza do próprio acordo que o concretiza, incluindo as disposições que as partes determinam para vigorarem durante o tempo por que durar esta relação. Não nos esqueçamos que, ainda que o terceiro não tenha um interesse direto na resolução do litígio que financia, quererá sempre ter a certeza que as hipóteses de vencimento são as mais altas possíveis, o que pode dar origem a intervenções disruptivas num processo que se quer justo.

Por outro lado, não nos podemos abstrair dos restantes intervenientes na decisão de um litígio, os quais, ainda que não sejam parte no acordo de financiamento, são influenciados pela sua existência. Falamos dos advogados que representam o litigante e se veem a braços com mais um interessado na sua atuação, mas também, no âmbito das arbitragens comerciais, dos próprios árbitros que são nomeados para constituir o tribunal arbitral, cuja independência se quer absoluta.

E num piscar de olhos, uma realidade que parecia simples à partida, levanta várias questões e desafios na sua aplicabilidade prática. Os que nomeámos são apenas uma amostra.

Assim, aquilo a que nos propomos no presente trabalho é a realização de uma análise da aplicabilidade do TPF à arbitragem comercial como meio de resolução de litígios. Será o TPF um passo em frente no acesso à Justiça, ou acabará por inundar os centros de arbitragem com processos frívolos? Será necessária a sua regulamentação para a sua aplicação eficaz? Será uma mera miragem no ordenamento jurídico português? Estas são, com efeito, algumas das questões a que tentaremos responder ao longo da Dissertação.

Como é evidente, a aplicação deste instituto não se limita à arbitragem comercial: nos processos de arbitragem de investimento, na resolução de litígios de consumo ou mesmo nos litígios junto dos tribunais estaduais será sempre possível problematizar o seu uso. No entanto, em todas aquelas sedes o TPF originará diferentes vicissitudes, as quais não serão objeto de consideração no presente trabalho, com ressalva de algumas referências que possam ser feitas, se assim entendermos que se justifica.

Quanto à estrutura da nossa exposição, começaremos pelo estudo da delimitação das situações que consubstanciam TPF, incluindo um breve apontamento histórico sobre as suas origens, e ainda uma exposição sobre as modalidades de TPF que existem na atualidade e do tipo de entidades que se dedicam ao financiamento de litígios (Capítulo 1).

Por outro lado, e porque vivemos numa “aldeia global”, não poderemos deixar de dispensar algumas páginas a uma análise de Direito Comparado, onde nos debruçaremos sobre o que já é feito noutros ordenamentos jurídicos no que concerne a temática do TPF. Até porque já existem algumas soluções aplicadas em determinados territórios que podem iluminar o caminho daqueles que começam agora a tentar integrar nos seus sistemas a figura do TPF (capítulo 2).

O capítulo seguinte prender-se-á com as principais vantagens e críticas que são apontadas à figura do TPF na arbitragem, de onde destacamos o combate acesso à justiça *vs.* encorajamento de uma litigância infundamentada. Analisaremos, ainda, os principais obstáculos que se colocam à aplicação do TPF ao nível do processo arbitral, nomeadamente, os problemas que cria ao nível de independência e imparcialidade dos árbitros e da confidencialidade do processo arbitral, para em seguida postularmos a sua possível regulamentação (Capítulo 3).

O último ponto deste trabalho dissertará sobre a possibilidade de aplicar este instituto no ordenamento jurídico português e os principais obstáculos que se levantariam a essa efetivação (Capítulo 4).

Feita esta exposição inicial, embarquemos, assim, no início desta expedição.

1. TPF: O Primeiro Contacto

1.1 O que é o *Third Party Funding*?

As várias modalidades que o financiamento de litígios por terceiros pode assumir têm tornado difícil determinar - para efeitos de uma regulação do tema - aquilo que se deve considerar TPF e aquilo que, ainda que consubstancie um financiamento ou pagamento de custas no âmbito de um litígio alheio, não está incluído nem deve ser sujeito à regulamentação do TPF.

A sua modalidade mais comum, e a que maioria dos autores² assume como a sua verdadeira essência, é aquela em que um *funder* (um terceiro face à causa em litígio) decide financiar parte ou a totalidade dos custos de uma das partes em litígio e que em contrapartida receberá uma parte dos ganhos que a parte obtenha com a causa. Na terminologia anglo-saxónica estamos perante um *non recourse loan*, uma vez que o *funder* apenas será reembolsado e remunerado pelo seu investimento se a parte financiada tiver sucesso na causa, quer através de uma decisão favorável quer através da chegada a acordo entre as partes.

No entanto, e ainda que se tenha como maioritariamente aceite aquela aceção, não há um verdadeiro consenso, pelo menos doutrinal, sobre o que deve constar de uma definição única de TPF.

Este problema tem sido transversal às várias análises e estudos realizados sobre o tema³, o que denota, desde logo, a dificuldade que abarca.

Veja-se, por exemplo, o relatório que resultou da sessão de 27 de Janeiro de 2012 organizada pela *Revue de Droit des Affaires Internationales* e pelo *International*

²Cfr., por exemplo, SHAHDADPURI, Khushboo Hashu, *Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory*, p. 77; LEITE, António Pinto, *Third Party Funding as a Joint Venture and not as a mere Finance Agreement: the Independence and Impartiality of the Arbitrators*, p. 109; PEREIRA, Ricardo Silva, *Third Party Funding e implicações éticas na relação com os árbitros*, p. 90; CREMADES Jr., Bernardo M., *Third Party Funding: Investing in Arbitration*, pp.156-157.

³Cfr., por exemplo, PEREIRA, Ricardo Silva, cit., p. 89; ICCA, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force On Third-Party Funding In International Arbitration*, p. 46; HENRIQUES, Duarte Gorjão, “*Third Party Funding*” ou o *Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal*, p. 591.

*Business Law Journal*⁴, a qual se propôs a analisar a temática do TPF e os desafios que trazia na sua aplicação, contando esta primeira sessão com as perspetivas dos *funders*: numa sessão que contava apenas com uma amostra de uma das partes interessadas no TPF, não foi possível alcançar uma definição única e sólida de TPF.

Alguns dos participantes defendiam uma aceção ampla do termo, fazendo uma análise daquilo que se consideraria TPF numa perspetiva económica, culminando numa definição que poderia abarcar várias figuras, desde que se pudessem reconduzir a “qualquer possível contrato em que a sua remuneração estivesse ligada aos ganhos do litígio”⁵. Outros, ainda que se possam considerar pertencentes ao mesmo espectro de defensores de uma definição ampla de TPF, entenderam que não é possível pensá-lo numa só dimensão, uma vez que as possibilidades de financiamento de um litígio são várias e muito diferentes entre si, dependendo do tipo de causa financiada, do tipo de pedido e até do tipo de cliente que lhe recorre. Assim, não será possível encontrar um *one-size-fits-all*, pelo que caberá aos aplicadores deste instituto analisar caso a caso e determinar as práticas que se possam considerar TPF e aquelas que escapam ao seu âmbito de aplicação⁶.

Numa perspetiva antagónica, alguns dos *funders* inquiridos defendem critérios e determinações mais específicas do que se deve considerar TPF, pois só assim se poderá regular de forma efetiva esta figura. Ainda no âmbito da sessão de 27 de Janeiro de 2012, um *funder* apresentou uma definição baseada em quatro critérios fundamentais: o primeiro determinava a necessidade de o capital a investir ser proveniente de um completo estranho à causa, o que deixava de fora as chamadas *contingency fees arrangements*, em que o advogado é remunerado pelo trabalho que desempenha na causa com parte dos ganhos da mesma; o segundo critério prendia-se com o tipo de cliente que estava em causa, uma vez que os *third party funders* estariam tipicamente interessados no financiamento de litígios de entidades comerciais sofisticadas; o terceiro critério exigia uma atuação para além da simples

⁴GOLDSMITH, Aren, FLÉCHET, Camille, SCHERER, Maxi, *Third Party Funding in International Arbitration in Europe Part 1 – Funder’s Perspectives*, RDAI/IBLJ Roundtable.

⁵GOLDSMITH, Aren, FLÉCHET, Camille, SCHERER, Maxi, cit., p. 3. “Every possible contract where the pay-out under that contract is linked to the proceeds of litigation”.

⁶GOLDSMITH, Aren, FLÉCHET, Camille, SCHERER, Maxi, cit., p.3.

afetação de capital a um objetivo, determinando que o TPF, para além do financiamento, disponibiliza outros serviços necessários à manutenção da causa, o que o destacaria do simples financiamento através de um *hedge fund*, por exemplo; por último, o TPF é remunerado através da determinação de uma percentagem dos ganhos ou de um múltiplo dos ganhos, mas não de um valor fixo e determinado, como acontece em muitos dos contratos de seguro que se formalizam⁷.

Como se pode ver, as possibilidades são muitas, o que apenas aguça a controvérsia. Na verdade, mesmo em estudos mais recentes, nem sempre se optou pela definição do TPF, entendendo-se que não é possível determinar uma realidade que pode assumir tantas formas e feitios. Porém, esta opção pela indefinição, mesmo em *reports* oficiais e que se propõem a uma análise intensiva do tema, tem sido fortemente criticada, principalmente por aqueles que têm interesse no mercado do TPF⁸.

Críticas estas que são, do nosso ponto de vista, lógicas. Note-se que, para que se exija a aplicação de uma determinada regulamentação a um caso concreto, é necessário que esse caso lhe esteja expressamente sujeito, sob pena de a utilidade jurídica na aplicação dessa regulamentação ser nula e acabar por levantar mais obstáculos aos aplicadores deste instrumento.

É por essa razão que os poucos instrumentos normativos que atualmente preveem a existência e a regulação do TPF optaram por algum tipo de determinação daquilo que se deve entender como TPF, ainda que de forma indireta ou mais ampla.

⁷GOLDSMITH, Aren, FLÉCHET, Camille, SCHERER, Maxi, cit., p. 4.

⁸Veja-se, a título de exemplo, o comentário de 6 de Outubro de 2017 no *Burford Capital Blog*, de Christopher Bogart, CEO da *Burford Capital*, um dos maiores *funders* da atualidade, à *task force* formada pela ICCA e pela *Queen Mary University of London*, no qual Bogart criticava fortemente as opções tomadas no *draft* que havia sido apresentado (que não se confunde com o *report* final publicado em Abril de 2018), nomeadamente a falta de uma definição para o TPF.

O primeiro instrumento a assumir expressamente a existência do TPF foram as *IBA Guidelines on Conflict of Interest*, na versão atualizada de 23 de Outubro de 2014⁹.

Mesmo que consideradas como uma ferramenta para ajudar à uniformização e harmonia dos procedimentos arbitrais, e portanto como meras indicações não vinculativas, as *IBA Guidelines* são frequentemente utilizadas pelas partes e pelos tribunais arbitrais.

É a propósito dos princípios de independência e imparcialidade do árbitro que as *IBA Guidelines* se referem ao TPF - a existência de um *third party funder*, com a influência e o interesse económico direto que terá nos procedimentos arbitrais em que se envolve, é, no entender das *IBA Guidelines*, um dos casos que obriga a parte financiada a divulgar essa informação aos restantes intervenientes no processo arbitral¹⁰.

Ainda que as *IBA Guidelines* não apresentem uma definição expressa daquilo que se deve considerar TPF, é feita referência àquilo que se deve considerar um *third party funder* para o cumprimento do dever de divulgação que incumbe sobre as partes na arbitragem: para este efeito, um *third party funder* será qualquer entidade que contribua com fundos ou outro tipo de apoio material a um das partes no procedimento arbitral e que tem um interesse económico direto na decisão que resultará da arbitragem¹¹.

Importa ainda de notar que as *IBA Guidelines* fazem uma subtil distinção entre aquilo que devem ser considerados os *third party funders* e aquilo que denomina de *insurers* os quais estarão ligados aos ATE e BTE *insurances*. Nos ATE *insurances*, está em causa a contratualização de um seguro por uma das partes contra o risco de

⁹Ainda que as *IBA Guidelines* tenham sido o primeiro instrumento que verdadeiramente se debruçou sobre o TPF no âmbito da arbitragem, já a Comunicação da Comissão Europeia para o Parlamento Europeu, para o Conselho, para o Comité Económico e Social Europeu e para o Comité de Regiões, de 11 de Junho de 2013 sobre ações coletivas, tecia considerações sobre os perigos do TPF e sobre a necessidade de se proceder a uma regulamentação do instituto, pelo menos em sede de mecanismos de tutela coletiva.

¹⁰General Standard 7 (a) of the *IBA Guidelines* (2014) e correspondente explicação.

¹¹General Standard 6 (b) of the *IBA Guidelines* (2014) e correspondente explicação.

ter de pagar as custas judiciais da parte contrária, mas aquela contratualização é realizada já depois de o evento que dá origem ao procedimento judicial ter ocorrido¹²; no caso dos *BTE insurances* está em causa uma apólice de seguro que é contratualizada antes da ocorrência dos factos que dão origem ao procedimento judicial e que aponta para o pagamento dos custos com o litígio da parte que a contratou e, eventualmente, das custas de parte da parte contrária, se existir decisão nesse sentido¹³.

Estes produtos determinam um dever de indemnização pela seguradora à parte que recorre a este tipo de seguro, o que as *IBA Guidelines* consideram como situação ligeiramente diferente do *third party funder*, na medida em que este tem um interesse económico direto no litígio, enquanto que os *insurers* têm um dever de indemnização da parte nos termos em que contrataram. Assim, no entender das *Guidelines*, os ATE e os BTE *insurances* não se incluem no âmbito do TPF.

Opção diferente foi a tomada pela Comissão de Reforma da Lei de Hong Kong, a qual foi responsável pela atualização da legislação de Hong Kong sobre a Arbitragem e sobre Mediação. Em Junho de 2013, o Secretário para a Justiça de Hong Kong solicitou a esta Comissão que procedesse à análise da aplicabilidade do TPF nas arbitragens com assento em Hong Kong e, em caso afirmativo, produzisse as alterações necessárias e adequadas à Lei para o efeito¹⁴.

Em Outubro de 2015, a Comissão preparou um primeiro comentário ao tema do TPF, o qual divulgou e abriu a discussão pública. Dele já constava uma determinação daquilo que se deveria entender por TPF: o financiamento de causas em processos arbitrais ou judiciais por entidades comerciais, o qual será retribuído por uma parte dos ganhos conseguidos pela parte financiada nesses processos ou outro tipo de benefício financeiro a eles associado. Mais à frente, acrescenta que um acordo de TPF prevê que o *funder* pagará todos os custos associados ao processo arbitral, recebendo em troca uma parte dos ganhos líquidos (ou seja, após dedução

¹²JACKSON, Justice, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, p. v.

¹³JACKSON, Justice, cit., p. vi.

¹⁴The Law Reform Commission of Hong Kong, Third Party Funding for Arbitration Sub – Committee, *Third Party Funding for Arbitration*, p. 4.

do pagamento dos custos e despesas com a arbitragem) da parte financiada naquele processo. Caso a parte financiada não tenha sucesso no processo arbitral, o *funder* não receberá nada em troca.

Em 2017, foi publicada a nova versão da *Arbitration Ordinance* de Hong Kong da qual consta expressamente uma definição legal de TPF: consistirá no financiamento, por um terceiro, no âmbito de um acordo de financiamento, a uma das partes em litígio, num procedimento arbitral, em troca de um benefício financeiro para o financiador se a arbitragem tiver sucesso e dentro do determinado no acordo de financiamento¹⁵.

A Lei da Arbitragem de Hong Kong optou, assim, pela determinação expressa do âmbito deste instrumento, tendo conseguido alcançar um equilíbrio, uma vez que a definição a que chegou não se tornou demasiado restritiva, deixando de fora situações de financiamento de litígios por terceiros que precisavam de regulamentação, nem demasiado aberta que acabasse por tornar a sua existência e aplicabilidade inúteis.

Por outro lado, o *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, o qual foi publicado em Abril de 2018, já optou por uma *working definition*, a qual classifica como ampla, mas que na verdade se apresenta mais restritiva do que aquela a que chegou Hong Kong.

Para o propósito daquele *report*, TPF consistirá num acordo em que uma entidade, que não é parte numa disputa, proporcionará a uma parte na disputa, uma sua afiliada ou à sociedade de advogados que a representa, fundos ou outro tipo de apoio material para financiar parte ou todos os custos de um processo, quer de forma individual, quer este processo se integre num conjunto de casos financiados. Em contrapartida, o financiador receberá uma remuneração ou reembolso do investimento a que procedeu, o qual é total ou parcialmente dependente do sucesso da disputa, ou então ficará dependente do pagamento de um prémio¹⁶.

¹⁵Cap. 609 Arbitration Ordinance, Part 10A (ss. 98E-98J).

¹⁶ICCA, *Report...*, p. 50.

Percebemos o porquê de a *Task Force* considerar esta definição como uma conceptualização vaga do conceito de TPF: atentando em determinados pormenores da estrutura frásica que se alcançou, é possível perceber que se tentou incluir no âmbito de TPF figuras como o *potfolio funding* e certos mecanismos de *corporate finance*¹⁷, e até mesmo os *ATE* e *BTE insurances*¹⁸. Ou seja, tentaram integrar-se várias formas de financiamento de litígios de terceiros na conceptualização de TPF.

No entanto, na tentativa de tentar abarcar o máximo de formas possíveis que o TPF pode adotar, parece-nos que esta definição se tornou algo complexa. É precisa uma atenção maior às expressões utilizadas, as quais estão sujeitas a mais dúvidas interpretativas.

É nossa opinião, como já tentámos transparecer acima, que a definição legal do instrumento é crucial quando se opta pela regulação do TPF e que essa tarefa, embora de vital importância, é dificultada pelas várias inconsistências que assolam este tema.

Daí que congratulemos a reforma legislativa que ocorreu em Hong Kong no ano de 2017, pois foi capaz de determinar a realidade do TPF de forma prática e útil para os vários investidores, praticantes e interessados no TPF. Aliás, fê-lo de uma forma mais determinante em comparação com a tentativa das *IBA Guidelines*, optando por uma harmonia entre a necessidade de determinação de um âmbito legal e uma terminologia aberta o suficiente para permitir uma adaptação à realidade inconstante dos produtos financeiros no mercado.

Do nosso ponto de vista, uma definição ampla e com conceitos simples torna a aplicação da regulação que se queira implementar mais fácil.

Assim, cremos numa solução simples, com base na essência daquilo que consubstancia o TPF: a ele serão reconduzidas todas as situações em que um terceiro, com o intuito de financiar os custos em que uma parte em litígio incorre

¹⁷ICCA, *Report...*, p. 51. Cfr. ponto 1.3.3.

¹⁸ICCA, *Report...*, p. 53. Esta previsão é clara quando a definição se refere à dependência do reembolso do investimento ao pagamento de um prémio.

para o resolver, disponibiliza capital a essa parte litigante, que, em contrapartida, reembolsará e remunerará o investimento realizado com parte dos ganhos que venha a conseguir com o litígio.

Atentando naquilo que afirmámos acima, a definição conta com três elementos essenciais: (i) em primeiro lugar, será necessário que estejamos perante um financiador que não tenha qualquer ligação ao litígio, ou seja, um verdadeiro terceiro que não tem na causa outra intervenção; (ii) em segundo lugar, o financiamento tem a finalidade específica de fazer face aos custos em que o financiado incorre com o litígio; (iii) por último, o financiador tem direito ao reembolso do capital que investiu, acrescido de uma remuneração (que será acordada pelas partes), apenas na eventualidade de sucesso do financiado no litígio, o que faz depender a remuneração do *funder* do resultado da causa.

Julgamos ser esta uma solução satisfatória para o problema da definição do TPF e que permite abarcar diferentes modalidades do TPF, quer atuais, quer futuras.

1.2 As Raízes do TPF

O grande *boom* do TPF no seio da arbitragem comercial está a começar a produzir efeitos a uma escala mundial, tendo-se tornado nos últimos anos num dos *hot topics* de discussão na comunidade arbitral. O que não deve causar surpresa pois este meio RAL, popular pela sua celeridade face aos tribunais estaduais, atrai o *funder* que procura um retorno financeiro elevado e veloz.

Mas, na verdade, o investimento por terceiros em causas judiciais é uma temática que já fez escorrer muita tinta ao longo dos séculos, ainda que a sua aplicação ao mundo da resolução alternativa de litígios seja muito mais recente.

O TPF foi sempre visto com alguma desconfiança¹⁹, mesmo considerando as vantagens que pode trazer à resolução de litígios. John Beisner, Jessica Miller e Gary Rubin defendem que o único interesse do *funder* quando financia uma parte em

¹⁹CREMADES, Bernardo M., *Third Party Funding in International Arbitration*, p. 3.

litígio é a “maximização do retorno que receberá com o seu investimento e não a defesa dos interesses do autor”²⁰ - este terceiro financiador não tem qualquer interesse na discussão e resolução do mérito da causa, apenas estando interessado no reembolso e remuneração do capital que investiu. Este argumentário acaba por expor o TPF como uma arma de capitalismo e aproveitamento económico cego que choca com os ideais de Justiça que subjazem na resolução de um litígio. Mas esta é apenas uma das evidências mais recentes da suspeição sobre a prática do TPF.

Todavia, o TPF conseguiu, ainda assim, disseminar-se pelos ordenamentos jurídicos, tendo já raízes profundas em muitos deles.

Comummente, vários autores²¹ reconduzem a existência de primitivas práticas do TPF ao aparecimento das doutrinas anglo-saxónicas de *maintenance* e *champerty*, na medida em que estas surgem para fazer face ao desenvolvimento cada vez maior de formas de intervenção económica de terceiros na resolução de litígios durante a Idade Média. Versões daquelas doutrinas ainda são aplicadas nalguns ordenamentos jurídicos, consubstanciando uma das dificuldades que a aplicação do TPF em países de *common law* tem que enfrentar²².

No entanto, antes do seu surgimento, numa perspetiva muito ampla do conceito de TPF, alguns autores²³ defendem a existência de traços desta atividade nas sociedades clássicas da Grécia e Roma Antigas. Esta conclusão é sustentada, principalmente, pelo estudo de Max Radin sobre as origens das doutrinas de *maintenance* e *champerty* nas sociedades anglo-saxónicas, no qual Radin faz um rastreio

²⁰BEISNER, John, MILLER, Jessica, RUBIN, Gary, *Selling Lawsuits, Buying Trouble – Third Party Litigation Funding in the United States*, p. 2. “(...) and its interest [of the funder] lies in maximizing its return on that investment, not in vindicating a plaintiff’s rights.”

²¹Cfr., por exemplo, CREMADES, Bernardo M., *Third Party Funding in International...*, p. 4; APPLEMAN, Thomas, SCHANER, Lawrence, *Third Party Litigation Funding in the United States*, p. 180; BEISNER, John, MILLER, Jessica, RUBIN, Gary, cit., p. 2; PEREIRA, Ricardo Silva, cit., p. 87.

²²Cfr. Capítulo 2.

²³HENRIQUES, Duarte Gorjão, cit., p. 581; LYON, Jason, *Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation*, p. 580; CREMADES Jr., Bernardo M., *Third Party Funding: Investing...*, p. 158; NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, *Third Party Funding in International Arbitration*, p. 15.

das causas e das práticas que levaram à necessidade de conjecturar aquela regulamentação²⁴.

Entende Radin que, desde os primórdios da História do Direito, subjaz o entendimento de que um cenário de litígio deve contar com três personagens: o juiz e duas partes²⁵. Ou seja, não existe um verdadeiro litígio sem estes intervenientes e só eles têm legitimidade para intervir. Naturalmente, daqui resultou um aceso debate sobre o papel e o grau de participação que outras pessoas, que não o juiz e as partes, podiam ter num litígio²⁶.

Continua aquele autor, considerando que, à partida, qualquer terceiro que quisesse intervir na resolução de um litígio era visto com desconfiança. Teria sempre uma agenda por detrás do mero interesse de ajudar a resolver uma disputa. Mas sempre se previu uma exceção: uma parte em litígio deveria ser acompanhada pelos seus companheiros ou defensores, a sua *secta*. No fundo, alguém que aparecesse em tribunal com um séquito de seguidores era reconhecido como alguém com poder. Ao invés, aquele que comparecesse perante um tribunal sem ninguém era visto como “um pobre coitado”²⁷.

É para fazer face ao infortúnio daqueles que compareciam sozinhos no seu próprio julgamento que, por volta do século sexto a.C., se difundiu a aceitação da comparência de pessoas generosas em tribunal para apoiar aqueles “pobres coitados”.

A intervenção de terceiros em benefício de outrem foi, assim, permitida para partes em litígio que se debatiam com um aliado aparentemente muito mais poderoso, aceitando-se como uma forma de salvaguarda de um interesse público²⁸.

²⁴RADIN, Max, *Maintenance by Champerty* (1935).

²⁵FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios gerais à luz do novo código*, p. 73; MONTEIRO, António Pedro Pinto, *O Princípio da igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, p. 232. A relação jurídica processual é, ainda hoje, vista como uma relação triangular, composta pelas partes e pelo juiz.

²⁶RADIN, Max, cit., p. 48; LYON, Jason, cit., p. 580.

²⁷RADIN, Max, cit., p. 49. No original “miserable wretch”.

²⁸RADIN, Max, cit., p. 49.

Tornou-se, aliás, numa prática muito popular em Atenas, o que originou, previsivelmente, abusos constantes. Surge assim a *sykophanteia*.

A popularidade da *sykophanteia* tinha a sua razão de ser nos benefícios que trazia para os seus praticantes, uma vez que lhes permitia, não só ganhar recompensas com o sucesso da sua atuação, mas também ganhar influência política na sociedade e junto dos grupos de elite²⁹.

Precisamente porque por detrás do altruísmo de ajudar um cidadão em tribunal estava, na grande maioria das vezes, a ganância pelas recompensas que desse ato resultariam, a *sykophanteia* tornou-se numa prática mal-afamada, o que levou a que muitos dos seus participantes comesçassem a inventar motivos pessoais para intervir no litígio³⁰.

A intervenção de terceiros em litígios foi também estudada pelo sistema jurídico Romano, tendo sido mais facilmente aceite do que em Atenas³¹.

Mesmo com esta anuência, certo tipo de intervenções no processo, as quais equivaliam ao que estava por detrás da *sykophanteia* na Grécia, na medida em que se consubstanciavam na proposição de ações para as quais o autor não tinha fundamento próprio, foram também restringidas. É assim que surge a figura da *calumnia* e do seu praticante, o *calumniator*, no sistema legal romano³².

Contudo, no ordenamento jurídico romano era ainda possível descortinar uma prática mais interessante: práticas que se podiam reconduzir à compra e venda de direitos de ação.

²⁹RADIN, Max, cit., p. 49.

³⁰RADIN, Max, cit., p. 50. Em Atenas, a suspeita de *sykophanteia* era ultrapassada se um terceiro fosse capaz de demonstrar que tinha uma amarga e antiga desavença com a parte contrária, o que motivaria a sua intervenção.

³¹RADIN, Max, cit., p. 52. A advocacia, denominada *ars oratoria*, foi reconhecida como uma profissão do Direito, ainda que se tenha mantido a ficção de que o representante tinha algum tipo de relação com a parte em litígio. Para além disso, não era possível o pagamento oficial de qualquer tipo de remuneração, mesmo que prevista em acordo, uma vez que este não se poderia executar.

³²RADIN, Max, cit. pp. 53-54. Uma acusação de *calumnia* originava um dever de indemnizar a parte que sofrera danos com a sua prática e ainda sancionava o *calumniator* com a pena de exílio.

Existiam alguns instrumentos normativos que consagravam uma proibição geral da comercialização de causas de pedir e de processos judiciais, culminando a nulidade da transação que tivesse aquele objeto. Mas, *porque o fruto proibido é o mais apetecido*, a compra e venda ou doação de direitos de ação a cidadãos com mais influência e poder na sociedade e com uma maior probabilidade de sucesso na reivindicação dos direitos em causa acabou por se tornar popular, ainda que tão ou mais malvista que a *calumnia*³³.

Porque determinam a intervenção de um terceiro na causa, o qual nada tinha que ver com a transação, e porque aquela intervenção traria um qualquer tipo de proveito próprio ao terceiro (visto, usualmente, como um aproveitamento de uma fragilidade alheia³⁴) a *sykophanteia* e a *calumnia* acabaram por dar uma conotação pejorativa à intervenção de terceiros nas causas judiciais.

Mais importante, ainda, é o facto de já existir algum tipo de comercialização de direitos de ação, muitas vezes despoletada pela dificuldade no acesso próprio a uma justiça eficiente, pois se vendiam direitos de ação a pessoas mais influentes, quer economicamente, quer socialmente, porque mais facilmente obteriam uma decisão favorável ou, pelo menos, que assegurasse o respeito pelos direitos invocados.

Claro está que são formas de intervenção de terceiros num litígio num estado de evolução muito primitivo. Para além disso, não consubstanciam, verdadeiramente, formas de TPF. No entanto, são resquícios históricos que influenciaram o entendimento que temos hoje desta temática.

Essa evidência torna-se mais clara quando pensamos na influência que tiveram na criação das proibições de *common law* de *maintenance* e *champerty* e na correspondente influência que estas têm na aplicação do TPF.

³³RADIN, Max, cit., p. 54.

³⁴Quer se tratasse de um benefício económico, se tratasse de uma tentativa de se destacar na sociedade ou apenas almejando o vexame público da parte contrária à custa da parte em nome da qual o terceiro intervinha na causa.

Aquelas doutrinas surgem para fazer face ao que Radin chama de “equivalentes medievais aos *sykophants* e *calumniators* da Grécia e de Roma”³⁵. Eram pessoas que detinham os recursos financeiros e a influência suficientes para intervir e/ou financiar causas de pessoas com menos recursos, adquirindo parte dos direitos de ação e arcando com as custas desses processos. Em contrapartida, partilhavam do sucesso que resultasse dessa causa.

Uma vez que a maioria dos litígios que se levantavam à época prendiam-se com a recuperação ou reconhecimento de propriedade de terras, aquele que financiasse uma causa alheia que tivesse sucesso tornar-se-ia num coproprietário do terreno, já que a sua contrapartida pelo financiamento correspondia a uma parte do sucesso da causa. Ao mesmo tempo que enriquecia o seu património, o financiador acabava por conseguir enfraquecer os seus inimigos e ganhar poder³⁶.

Mais uma vez se descortinava um interesse do financiador em custear aquela causa, resultando, em última instância, num aproveitamento da incapacidade financeira da outra parte fazer face às custas de um litígio, e em resultado despojando-a de parte daquele que provavelmente seria o único bem de que era proprietário. Para além disso, estes financiadores, com as terras e influência que iam acumulando, começavam a ameaçar o poderio da Coroa³⁷.

Com o objetivo de prevenir o crescimento daquelas práticas e conter a sua atuação, foram então criadas as proibições de condutas que consubstanciassem *maintenance* ou *champerty*.

É considerada a prática de *maintenance* qualquer intervenção de um terceiro num litígio que não lhe diz respeito, através do apoio, financeiro ou de outro tipo, a pelo menos uma das partes em conflito³⁸.

³⁵RADIN, Max, cit., p. 60.

³⁶RADIN, Max, cit., p. 60; CASADO Filho, Napoleão, *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, p. 136.

³⁷LYON, Jason, cit., p. 581.

³⁸APPLEMAN, Thomas, SCHANER, Lawrence, cit., p. 180; CREMADES, Bernardo M., *Third Party Funding in International...*, p. 4.

Já a *champerty*³⁹ é vista como uma modalidade específica de *maintenance*, uma vez que continuamos perante a conduta de um terceiro que intervém em ação alheia e que apoia uma das partes em conflito, mas neste caso o terceiro acorda com a parte uma compensação pela sua intervenção. Um acordo deste tipo culminará com a divisão do sucesso da ação entre a parte que é ajudada e o terceiro, como remuneração pela sua ajuda no processo⁴⁰.

Torna-se, deste modo, fácil de compreender porque é que os autores reconduzem a origem do TPF a estas práticas e às consequentes proibições que lhe vieram fazer face, já que, numa aceção do conceito mais alargada, aquele se reconduz quase perfeitamente à previsão das condutas de *champerty*.

Mesmo com o passar dos séculos, ainda que com outras vicissitudes da realidade atual, o motivo principal gerador da desconfiança com que é visto o TPF continua o mesmo – a intervenção de um terceiro que tem um interesse paralelo ao da resolução última da causa. E esse interesse paralelo muitas das vezes vem, no entender dos críticos, obstaculizar a boa resolução do litígio.

1.3 Os Principais Atores e Cenários do TPF

1.3.1 Alguns Dados Estatísticos

Nos últimos anos, a posição do TPF no mercado tem crescido, ainda que primeiramente no seio dos meios tradicionais de resolução de litígios e só depois nos meios de resolução alternativa, reconhecendo-se 2014 como o ano em que o financiamento de litígios chegou com força à comunidade da arbitragem⁴¹.

³⁹RADIN, Max, cit., p. 61. Max Radin entende que o nome dado a esta proibição deriva do instituto *champart*, o qual consistia numa forma de posse de terras comum na Idade Média, através do qual o proprietário do terreno dava a posse da terra a alguém e em contrapartida recebia uma parte das colheitas cultivadas naquele terreno, correndo o risco de não receber nada no caso de o cultivo falhar.

⁴⁰APPLEMAN, Thomas, SCHANER, Lawrence, cit., pp. 180-181; CREMADES, Bernardo M., *Third Party Funding in International...*, p. 4.

⁴¹LARKIMO, Nika, MCDUGALL, Andrew de Lotbinière, TIMONEN, Tuuli, *Recent Trends in International Arbitration*, p. 7.

Num inquérito realizado pela *School of International Arbitration of the Queen Mary University of London*, em parceria com a conceituada *PricewaterhouseCoopers* (PwC) em 2013⁴² (o qual tinha o objetivo de perceber como as empresas faziam uso da arbitragem internacional), 94% dos inquiridos não tinham ainda recorrido ao TPF nos cinco anos anteriores ao inquérito, no seio de uma arbitragem, o que nos deixa uma amostra de 6% de entrevistados que tinham recorrido ao TPF em sede arbitral.

De entre aqueles que lhe haviam recorrido, uma das razões mais comuns para tal foi a necessidade de liquidez para fazer face aos custos dos litígios; outros, não tendo qualquer problema de liquidez, viram no TPF uma forma mais conveniente de gerir os seus gastos com contencioso, partilhando o risco de insucesso com os *funders*⁴³.

Esta conjuntura sofreu alterações, as quais podem ser comprovadas com os dados decorrentes do inquérito que a mesma *School of International Arbitration of the Queen Mary University of London* realizou, desta vez com a *White&Case*, em 2015⁴⁴. Desta feita, de entre os inquiridos 39% já tinham tomado contacto com o TPF, dos quais 12% tinham usado, eles próprios, este instituto.

A maioria dos inquiridos tem uma opinião neutral face ao TPF, mas de entre aqueles que lhe tinham recorrido a maioria tem uma *overview* positiva do instituto⁴⁵, ainda que muitos defendam a necessidade de regulamentar a sua aplicação.

No espaço de dois anos que distanciam os dois inquéritos referidos, o TPF foi-se dando a conhecer na comunidade da arbitragem internacional, quer pelos académicos que se debruçam sobre as problemáticas que fez surgir, quer pelos utilizadores deste instituto.

⁴²*School of International Arbitration of the Queen Mary University of London e PwC, Corporate choices in International Arbitration – Industry Perspectives, 2013 International Arbitration Survey.*

⁴³*School of International Arbitration ... e PwC, cit., pp. 19-20.*

⁴⁴*School of International Arbitration of the Queen Mary University of London e White&Case, Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015 International Arbitration Survey.*

⁴⁵*School of International Arbitration... e White&Case, cit., 2015, pp. 45-46.*

1.3.2 Os *Funders*

A disseminação do TPF na arbitragem, aliada ao papel que já representava no âmbito de processos judiciais, tornou este instrumento numa indústria sofisticada e com *players* cada vez mais competitivos e de procedências variadas⁴⁶.

Nos dias de hoje, existem *funders* que se dedicam exclusivamente ao financiamento de litígios, sociedades já com grande reconhecimento internacional dentro do ramo. De entre elas, as mais comumente mencionadas são a *Juridica Investments*, a *Burford Capital Limited* ou a *Bentham IMF*⁴⁷.

Destacamos a *Juridica Investments*, financiadora de renome, que opera maioritariamente nos EUA, a qual ganhou destaque porque foi uma das primeiras empresas financiadoras de litígios a lançar uma oferta pública de aquisição na Bolsa de Valores de Londres⁴⁸.

Com o sucesso do negócio e a expansão da temática do TPF, entidades que se destacaram noutros ramos de atividade viram neste nicho de mercado uma oportunidade de negócio atrativa e começaram a investir. De entre elas, destacamos a *Allianz* e o *Citigroup*, uma das maiores seguradoras e uma das maiores empresas de serviços financeiros do Mundo, respetivamente.

Nestes casos, é comum que as empresas criem novos departamentos ou áreas dentro de si mesmas que se dediquem à comercialização deste novo produto. No caso da *Allianz*, por exemplo, para investimento na área dos litígios, a opção tomada foi a criação da sociedade *Allianz Prozess Finanz*, detida pela seguradora *Allianz*⁴⁹.

Neste grupo encontramos, assim, entidades já ligadas ao mercado de investimentos e à comercialização de produtos e serviços financeiros que entendem o TPF como um novo produto que podem rentabilizar. Não nos referimos apenas a

⁴⁶LEITE, António Pinto, cit., p. 106.

⁴⁷CREMADES Jr., Bernardo M., *Third Party Funding: Investing...*, p. 165.

⁴⁸BEISNER, John, MILLER, Jessica, RUBIN, Gary, cit., p. 3; CREMADES Jr., Bernardo M., *Third Party Funding: Investing...*, p. 165. A primeira oferta pública de aquisição a que procedeu foi em Dezembro de 2007 na Bolsa de Valores de Londres que lhe permitiu arrecadar 74 milhões de libras.

⁴⁹BEISNER, John, MILLER, Jessica, RUBIN, Gary, cit., p. 3.

sociedades comerciais e empresas no sentido lato da palavra; outras personalidades jurídicas começam a apostar no TPF: exemplo disso são os *hedge funds*⁵⁰.

Independentemente da sua origem no mercado, cada *funder* determina depois uma forma diferente de nele atuar e expandir o seu negócio. Até porque a diversificação é uma necessidade para aqueles que querem vingar neste quadrante. A anatomia de um litígio pode ser tão diversa que os *funders* acabam por ganhar alguma margem para optar pelos projetos que lhe são mais vantajosos e que se adequam melhor à sua área de negócio.

Existem, deste modo, empresas que optam por financiar apenas litígios que já estejam em curso, enquanto outras optarão apenas por financiar direitos de ação que ainda não contem com processos judiciais ou arbitrais a decorrer⁵¹. Na mesma linha de posições antagónicas, podemos ter *funders* que queiram financiar apenas autores das ações, enquanto outros se especializam no financiamento a réus⁵². Há *funders* que não pretendem investir em todo o processo, especializando-se em determinadas etapas⁵³.

Os *funders* distinguem-se, ainda, pela substância dos litígios em que investem, optando por financiar litígios que lidam com áreas específicas do Direito⁵⁴. O financiamento de arbitragens de investimento é uma das áreas mais *sui generis*, uma vez que os *funders* têm que lidar com Estados e não apenas com particulares ou pessoas coletivas de Direito Privado, pelo que um certo nível de especialização é

⁵⁰BARRINGTON, Louise, *Third Party Funding and the International Arbitrator*, p.16; BEISNER, John, MILLER, Jessica, RUBIN, Gary, cit., p. 3.

⁵¹A opção pelo financiamento de litígios que ainda não tenham dado entrada num tribunal, estadual ou arbitral, pode ser mais atrativa para os financiadores que queiram ter uma intervenção mais ativa no processo, os chamados *hands on funders*, aos quais nos referimos na página seguinte.

⁵²NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit., p. 4; CREMADES Jr., Bernardo M., *Third Party Funding: Investing...*, p. 168. No que toca a réus, o financiamento incidirá sobretudo sobre as reconvenções.

⁵³ICCA, *Report...*, cit., p. 47. Por exemplo, o *funder* pode apenas financiar os custos com peritagens ou com a execução da sentença.

⁵⁴Para os *funders* que pretendem intervir nos processos, a especialização em certos ramos do Direito pode ajudar no aconselhamento jurídico que pretendem prestar à parte e nas decisões a tomar.

vantajoso para o *funder*, mas também pode ser um fator de interesse para a parte financiada⁵⁵.

A última distinção a que nos referiremos prende-se com a influência que os *funders* pretendem manter sobre os litígios que financiam, que é também um fator que afeta os produtos que oferecem.

Por um lado, há *funders* que oferecem a chamada *hands on approach*, que pressupõe uma intervenção na arbitragem pelo *funder* que vai para além da simples entrega de capital. O *funder hands on* oferece um conjunto de serviços, que vão desde o aconselhamento jurídico na ação, à colaboração nas decisões mais importantes, como, por exemplo, a escolha dos árbitros⁵⁶. Esta opção de negócio é uma forma de o *funder* manter um certo nível de influência nos destinos do processo, por forma a salvaguardar o investimento a que procedeu. Nestes casos, António Pinto Leite defende a existência de uma *joint venture* contratual entre o financiador e a parte financiada, em vez de um simples acordo de financiamento, já que se prevêem determinações para a própria gestão do processo em curso⁵⁷.

Outros *funders* apostam numa *hands off approach*, a qual é antónima da anterior. Neste caso os *funders* são um agente passivo, que se limita a disponibilizar o investimento e a aguardar o resultado da ação para receber, caso a isso tenha direito, a remuneração que lhe será devida⁵⁸. Representam apenas o capital que permite o acesso à justiça de um terceiro.

Os *funders* podem, assim, assumir várias formas, ter várias origens e optar pelo modelo de atuação que mais lhes convém, fazendo opções de investimento à medida que o mercado evolve. Mas não basta ter uma opção de negócio direcionada, é preciso que os produtos oferecidos ganhem destaque no mercado.

⁵⁵ICCA, *Report...*, cit., p. 48. Os *funders* têm um interesse económico no investimento a que procedem, pelo que preferem conhecer bem os caminhos que trilharam e as opções que podem tomar.

⁵⁶LEITE, António Pinto, cit., p. 110.

⁵⁷Cfr. análise em 4.2.3.

⁵⁸LEITE, António Pinto, cit., pp. 109-110.

1.3.3 As Modalidades de TPF

As formas de investimento oferecidas por estes *players* são, também elas, cada vez mais diferenciadas, o que faz crescer a paleta de opções de TPF no mercado que de resto, como já dissemos anteriormente, é uma das dificuldades na definição e precisão desta realidade em crescimento.

Algumas das modalidades de TPF assumem contornos conservadores, na medida em que se aproveitam de formas já conhecidas de *corporate financing* adaptadas ao financiamento de causas litigiosas – por exemplo, uma empresa pode vender ações ou emitir obrigações apenas com o intuito de captar capital que lhe permita financiar especificamente litígios a decorrer ou ações que pretende iniciar⁵⁹.

A criação de sociedades veículo é também uma prática apetecível à comunidade de financiadores⁶⁰, uma vez que facilita o próprio processo de financiamento em casos em que o TPF seja restringido⁶¹. Nestes casos, o direito de ação será detido pela SPV, a qual será detida pela sociedade originalmente detentora daquele direito, enquanto o *funder* adquire ações dessa SPV, dessa forma financiando o processo a que aquele direito de ação der origem.

Este tipo de estrutura de financiamento dá ao *funder* um tipo de influência maior nos destinos do processo em curso, já que será um dos acionistas detentores da sociedade parte na ação⁶², permitindo-lhe ainda adquirir o retorno do sucesso da causa, que consubstanciaria a sua remuneração, sob a forma de dividendos⁶³.

Mas, porque a procura e a oferta, atentando na publicidade e no reconhecimento deste instituto na atualidade, são cada vez maiores, não basta aos

⁵⁹ICCA, *Report...*, cit., p. 47.

⁶⁰ICCA, *Report...*, cit., p. 40.

⁶¹Nos ordenamentos jurídicos em que o TPF seja expressamente proibido, será uma forma de financiamento do litígio encapotada, permitindo um contorno legal à proibição da prática de TPF.

⁶²Surgem-nos sérias dúvidas sobre se esta prática se pode entender como uma modalidade de TPF, uma vez que a sociedade parte na ação será detida pelo *funder*; no entanto, não deixa de ser um investimento em litígios alheios.

⁶³Contabilmente, pode ser uma vantagem, principalmente em sociedades obrigadas a reportes e com registos de contas sujeitos a determinadas regulamentações. Para além disso, a distribuição e dividendos pode ficar sujeita a um regime prioritário de distribuição de dividendos – por exemplo, art. 341.º do CSC.

funders fazerem uso das ferramentas que já tinham à sua disposição. Almejando um produto que tenha sucesso, é-lhes conveniente optar por um produto que lhes seja vantajoso, mas também que seja único.

Uma das modalidades mais recentes e mais arrojadas prende-se com o chamado *portfolio funding*. Esta modalidade aposta no financiamento em massa, através do qual o *funder*, em vez de financiar uma causa específica no âmbito de um processo judicial ou arbitral específico, oferece o financiamento a um conjunto de causas que uma entidade tenha a decorrer em julgamento ou que tenha interesse que sejam resolvidas pelo sistema de Justiça⁶⁴.

Isto é, em vez do financiamento a uma só arbitragem comercial em curso, o *funder* financia um pacote de direitos de ação que a parte detenha, quer esses direitos de ação tenham já sido exercidos e já se encontrem processos a decorrer, quer sejam litígios que a parte quer ver resolvidos, mas para os quais não tinha ainda disponibilidade financeira.

Esta forma de TPF, para além de permitir à parte financiada fazer uma gestão da sua liquidez aliviada do peso dos gastos com contencioso, tem a vantagem de permitir uma diluição do risco do investimento, uma vez que, mesmo que nem todas as ações tenham sucesso, o *funder* pode ainda ver reembolsado e remunerado o capital que investiu com o sucesso de apenas algumas das ações.

Talvez um exemplo prático permita uma melhor compreensão: imaginemos que o *funder* financia um *portfolio* com dez arbitragens em curso, cada uma delas com um valor estimado de sucesso de 3 milhões de euros (portanto, num valor global estimado de sucesso de 30 milhões de euros) e com um valor global de financiamento necessário de 5 milhões de euros, sendo acordada entre as partes uma taxa de remuneração de 50% para o *funder* em caso de sucesso. Mesmo que a parte apenas tenha sucesso em cinco das dez arbitragens financiadas, terá um ganho global de 15 milhões de euros, dos quais 7,5 milhões de euros são devidos ao *funder*. Para além de ver reembolsado o investimento feito, o *funder* ainda consegue uma

⁶⁴ICCA, *Report...*, cit., p. 47.

remuneração do capital que investiu, mesmo tendo sucesso apenas em metade dos casos que financiou.

Este é, naturalmente, um exemplo meramente acadêmico e muito linear. No entanto, é possível compreender que o *portfolio funding* permite ao *funder* investir com uma probabilidade de insucesso mais reduzida. Daí que se tenha como um produto atrativo e ao qual grandes entidades dedicadas ao TPF já tenham aderido e colocado à disposição dos seus clientes⁶⁵.

Conforme mencionado anteriormente, o TPF é uma realidade em constante evolução, até por necessidade de os *funders* fazerem face à mutação dos mercados e às exigências dos vários ordenamentos jurídicos. Claro está que, quanto mais diversificados e complexos são os modelos de TPF, mais problemas se levantam na sua aplicação.

⁶⁵A título de exemplo, a Burford Capital Limited ou da Bentham IMF, gigantes do financiamento de litígios, preveem já soluções de *portfolio funding*, como é possível de comprovar nos *sites* de ambas.

2. O TPF no Mundo

2.1 Generalidades

Feito um primeiro contacto com este instituto, é chegada a altura de analisarmos como o TPF é aplicado nos dias de hoje nos diferentes ordenamentos jurídicos.

Mesmo sob o microscópio da comunidade jurídica, cética quanto à sua dignidade como um instituto respeitado, o TPF tem conseguido quebrar barreiras e a Doutrina e a Jurisprudência têm reconhecido favoravelmente a sua existência em determinados ordenamentos; mais raros são os casos em que o próprio legislador o faz, mas como vimos anteriormente, também eles existem.

Adiantamos, desde já, a advertência para a necessária cisão que é preciso fazer entre os ordenamentos jurídicos de *civil law* e de *common law*, uma vez que nestes as doutrinas de *maintenance* e *champerty* ainda têm um papel ativo no sistema, mesmo que a sua essência se tenha alterado desde os tempos medievais.

Por outro lado, é comum a quase todos os ordenamentos jurídicos que a determinação e regulação do instituto do TPF sejam feitas, maioritariamente, com recurso às decisões dos tribunais.

Conforme referido anteriormente, os casos em que a regulação legal do TPF existe não abundam. De todo o modo, o TPF, ainda assim, é reconhecido e prospera em muitos sistemas jurídicos no Mundo, algo que só tem sido possível: (i) com a aplicação de princípios gerais de Direito que regem a ordem jurídica como um todo (a saber, princípios de ordem pública, boa-fé, princípios que regem o ramo do Direito dos Contratos, normas de conduta, entre outros); e, sobretudo, (ii) pelas soluções que têm sido encontradas pelos tribunais, quando se veem confrontados com problemas concretos que lhes exigem uma tomada de posição.

Importa também notar que, ainda que aceite no seio dos meios RAL como a arbitragem, neste âmbito crescem as problemáticas que levanta, como veremos

mais à frente. Mais uma vez, graças ao contributo da *case law* que se vai firmando, uma vez que são raros os normativos expressos que existem sobre o TPF no seio da Arbitragem⁶⁶.

Apresentadas estas considerações iniciais, analisemos agora alguns dos ordenamentos jurídicos em que o TPF é já uma realidade.

2.2 Brasil

O TPF não é expressamente regulamentado, nem sequer previsto no sistema legal brasileiro⁶⁷.

Ainda assim, estamos perante um dos casos em que o ordenamento jurídico não se lhe opõe, na medida em que vigora um princípio constitucional de legalidade nas relações privadas⁶⁸, permitindo às partes celebrar um acordo de TPF, já que este não é expressamente proibido pela Lei.

Para além daquela permissão, surgem outras normas e princípios gerais de Direito que podem dar uma resposta a desafios pontuais na aplicação do TPF, ainda que a sua aplicação não tenha sido pensada diretamente para lhe fazer face.

Desde logo, celebrado um acordo de TPF, uma das previsões mais importantes prende-se com a remuneração do *funder*, previsão que exige cautela, dada a fragilidade financeira em que a parte financiada se encontra e o aproveitamento que o *funder* pode fazer dessa situação.

⁶⁶O Cap. 609 Arbitration Ordinance de Hong Kong, o qual foi alterado para conter agora uma Parte 10A é um dos raros e mais recentes exemplos desta regulamentação expressa no seio da Arbitragem.

⁶⁷BAPTISTA, Luiz Olavo, NAKAGAWA, Adriane, TORTORELLA, Eduardo *in* FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord.), *Getting the Deal Through – Litigation Funding 2017*, p. 14; CASADO Filho, Napoleão, cit., p. 136.

⁶⁸CASADO Filho, Napoleão, cit., pp. 150-151. O princípio de legalidade nas relações privadas está consagrado no art. 5.º, II, da Constituição Brasileira: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.”. Para além disso, no Brasil as doutrinas de *maintenance* e *champerty* não são aplicáveis, o que por si só já retira do caminho um dos maiores obstáculos à aplicação do TPF.

No caso brasileiro, não existe um limite definido para a cobrança de taxas ou de um *quantum* de remuneração aceitáveis que o *funder* possa definir com o financiado, mas podem ser-lhe aplicadas as regras sobre usura em vigor⁶⁹. Adicionalmente, é de destacar ainda uma decisão do Superior Tribunal de Justiça a propósito de um processo sobre uma remuneração de um advogado no âmbito de um pacto de *quota litis*⁷⁰. Em causa estava a determinação de uma remuneração de 50% do valor dos resultados obtidos na causa que seria devida ao advogado, percentagem que o Tribunal determinou ser excessiva, consubstanciando um aproveitamento por parte do advogado da fragilidade da parte e da sua ânsia para finalizar o litígio.

Este acórdão estabelece, assim, um bom precedente para casos que possam vir a surgir sobre o âmbito da remuneração em sede de TPF, até porque os pactos de *quota litis* são uma realidade que lhe é análoga⁷¹. Mais: aquando da determinação da remuneração que será devida ao *funder* em sede de acordo de TPF, as partes terão sempre em conta um princípio de razoabilidade que tem que ser respeitado, nem que seja pelo receio de um tribunal, num futuro litígio, poder vir a considerar que o valor determinado é excessivo.

Outra das questões relevantes que o TPF levanta prende-se com a atuação que se exigirá ao advogado quando se veja confrontado com a existência de um *funder* na sua relação com o cliente. A este propósito, as normas de conduta sobre a atuação dos advogados que fazem parte do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil e do respetivo Código de Conduta⁷², ainda que não versem diretamente sobre o TPF, podem iluminar o caminho que possa ser utilizado para

⁶⁹Por exemplo, as regras sobre usura que constam do Código Civil Brasileiro ou da Lei da Usura, as quais se aplicarão a qualquer tipo de contrato.

⁷⁰BAPTISTA, Luiz Olavo, NAKAGAWA, Adriane, TORTORELLA, Eduardo *in* FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord.), cit., p. 14 e Ac. do Superior Tribunal de Justiça do Brasil REsp. n.º 1155200, de Março de 2011.

⁷¹O pacto de *quota litis* consiste na fixação de honorários devidos ao advogado em função do resultado que seja alcançado no processo, prática que é proibida em Portugal e que discutiremos no Capítulo 4. Falamos numa realidade análoga ao TPF, uma vez que a remuneração devida fica dependente do resultado da causa.

⁷²BAPTISTA, Luiz Olavo, NAKAGAWA, Adriane, TORTORELLA, Eduardo *in* FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord.), cit. p. 14.

solucionar problemas que surjam no âmbito da atuação do advogado com o cliente e com o *funder*.

Vigorando um princípio de respeito pelos melhores interesses do cliente, o advogado está vinculado às suas instruções, ainda que tenha um dever de alertar para os riscos que a linha de estratégia que o cliente pretende adotar comporta⁷³, o que pode ser determinante em caso de conflito entre o cliente e o *funder*: o advogado terá que respeitar as instruções do cliente em detrimento das determinações do *funder*.

No que concerne a arbitragem, meio RAL que pode ser utilizado livremente pelas partes que lhe queiram recorrer para resolver um litígio em que estejam em causa direitos patrimoniais disponíveis, os valores das causas podem ser bastante elevados, o que tem um impacto proporcional nos custos com a arbitragem - quanto maior o valor da causa, maiores serão os custos com o processo arbitral⁷⁴.

Tendo em conta o elevado montante a que os custos com o processo podem ascender, acabam por se tornar um obstáculo ao recurso à arbitragem por uma entidade que seja financeiramente mais frágil. Daí que Napoleão Casado Filho, na tese de doutoramento que publicou sobre o financiamento de litígios em sede de arbitragem no Brasil, defenda expressamente que, não existindo obstáculos legais ao TPF no ordenamento jurídico brasileiro, pode tornar-se numa ferramenta útil no acesso à Justiça para a resolução de conflitos que contem com uma parte economicamente mais fraca⁷⁵.

A Lei de Arbitragem no Brasil não prevê, portanto, a existência de TPF. No entanto, existe um instrumento que lhe faz referência – a Resolução Administrativa n.º 18 da CCBC, cujo âmbito estará limitado à existência de TPF em arbitragens administradas pela CAM-CCBC.

⁷³Capítulo 3.º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, publicado pela Resolução do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil n.º 2/2015, de 4 de Novembro.

⁷⁴CASADO Filho, Napoleão, cit., pp. 151-152.

⁷⁵CASADO Filho, Napoleão, cit., pp. 151-152 e 183-184.

Neste curto acervo de normas, uma primeira recomendação orienta uma definição para o conceito de TPF⁷⁶. Em seguida, reconhecendo que a intervenção de um *funder* pode gerar conflitos de interesses com os normais intervenientes do processo arbitral, recomenda que os litigantes divulguem à CAM-CCBC quando sejam parte de um acordo de TPF, incluindo uma identificação completa do *funder*. A CAM-CCBC informará então a parte contrária e os árbitros, os quais devem revelar a existência de qualquer relação ou situação que possa colocar em risco a sua imparcialidade ou independência⁷⁷.

Como vimos, apesar de a previsão do TPF no ordenamento jurídico brasileiro ser reduzida e a sua falta de regulação específica ser patente, a sua existência não é proibida pela lei e os desafios que a sua aplicação pode levantar podem ser resolvidos com recurso a outros normativos espalhados pelos instrumentos que versem sobre a resolução de conflitos, quer no âmbito dos tribunais judiciais, quer no âmbito dos tribunais arbitrais.

Ainda que aquele ponto seja verdade, a previsão do TPF e a sujeição dos seus intervenientes a normas éticas mais claras seriam um passo na direção certa, na opinião de Napoleão Casado Filho, que vê vantagens na regulamentação, principalmente porque permitiria uma aceitação mais fácil do instituto⁷⁸.

2.3 Inglaterra e o País de Gales

O ordenamento jurídico inglês é provavelmente um dos mais reconhecidos em matéria de TPF, já que a sua aplicação está enraizada no sistema, principalmente

⁷⁶O art. 1.º da Resolução Administrativa consagra o seguinte: “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 percentagem de eventuais benefícios auferidos com a sentença arbitral ou acordo.”.

⁷⁷Arts. 3.º, 4.º e 5.º da Resolução Administrativa n.º 18 da CCBC.

⁷⁸CASADO Filho, Napoleão, cit, pp. 180- 181 e 183-184.

no que toca à Jurisprudência⁷⁹, que nele reconhece uma eficaz ferramenta de acesso à Justiça.

Até ao início do século passado, mantinham-se em vigor as medievais proibições de *maintenance* e *champerty*, condutas que se tinham como ofensa criminal, mas também como *tort* (ou seja, capazes de dar origem a um dever de indemnização por danos causados), pelo que o TPF estava condenado à partida, tal como noutros ordenamentos de *common law*. A partir de 1967 foi restringido significativamente o âmbito das proibições de *maintenance* e *champerty*, cujas condutas deixaram de ser consideradas crime ou *tort*⁸⁰, tendo sido reduzidas a princípios de ordem pública, com o intuito de impedir os *funders* de exercerem demasiado controlo sobre o processo⁸¹.

Como acima referimos, para além da aceitação legal do TPF, nos últimos anos têm sido várias as decisões dos tribunais que reconhecem validade ao TPF como um instrumento de acesso à justiça⁸².

Neste crescente ambiente de tolerância para com o instituto, tendo em conta as vantagens que lhe eram reconhecidas e a evolução do mercado que se tornava cada vez mais competitivo, em Novembro de 2011 foi criada a *Association of Litigation Funders*⁸³, ao mesmo tempo que foi publicado o Código de Conduta para *Funders*, ao qual estão sujeitos todos aqueles que façam parte da ALF⁸⁴.

⁷⁹FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan, BIRD, Lara in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord.), cit., p. 25; The Law Reform Commission of Hong Kong..., cit., pp. 66-67.

⁸⁰FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan, BIRD, Lara in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord.), cit., p. 25; The Law Reform Commission of Hong Kong..., cit., pp. 66-67; DOWLING, Cara, FITZGERALD, Alison, ROGERS, James, *Emerging approaches to the regulation of third party funding – Recent Global Developments*, pp. 30-31.

⁸¹FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan, BIRD, Lara in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord.), cit., p. 25; DOWLING, Cara, FITZGERALD, Alison, ROGERS, James, cit., pp. 30-31. A questão do controlo do processo pelo *funder* é um dos desafios que o ordenamento jurídico tem tentado enfrentar, o qual se quer reduzido. No entanto, desde que o acordo de TPF respeite o normal funcionamento do processo, não será considerado inválido.

⁸²A título de exemplo, os casos *Arkin v. Borchard Lines*, decidido pelo *Court of Appeal* em 2005 e *Essar Oilfields Services Limited v. Norscott Rig Management* (EWHC 2361) decidido pelo *English Commercial Court* em 2016, este último uma decisão de segunda instância decidida face a um processo arbitral em que uma das partes havia recorrido ao TPF.

⁸³The Law Reform Commission of Hong Kong..., cit., pp. 66-67.

⁸⁴Este Código foi revisto e republicado em Janeiro de 2018.

Esta Associação, que se assume independente, tem coordenado esforços com as entidades governamentais e legislativas para a criação de uma regulamentação própria do instituto do TPF, quer no âmbito estadual, quer no âmbito arbitral⁸⁵.

A adesão à ALF é voluntária, pelo que o cumprimento dos normativos do Código de Conduta só será obrigatório para aqueles que lhe adiram, mas ainda assim vem resolver alguns dos problemas de aplicação do TPF nos casos concretos.

Determina, no essencial, algumas regras de conduta e de boas práticas que os *funders* devem respeitar nas suas relações de TPF, nomeadamente regras sobre a intervenção do *funder* e sobre os limites dessa intervenção no litígio⁸⁶.

Desde logo, estando o acordo de financiamento já em curso, o *funder* não pode interferir na escolha do advogado que representará a parte em juízo ou influenciar a conduta do advogado já escolhido, por forma a que respeite as suas instruções em preterimento das instruções que lhe sejam dadas pelo seu representado⁸⁷.

Quanto à resolução do acordo de TPF, a cláusula 11.2 do Código de Conduta da ALF determina que o próprio acordo deverá prever quando poderá o *funder* pôr fim ao financiamento, mas limita essa possibilidade a casos em que o *funder* entenda que o mérito da causa deixou de ser satisfatório à parte financiada, quando o acordo deixou de ser comercialmente válido, ou em casos em que a parte financiada quebrou o acordo de TPF. Fica, assim, vedado ao *funder* terminar o acordo de forma discricionária.

Por outro lado, o acordo de TPF deve ainda prever qual o nível de intervenção que o *funder* pode ter em caso de tentativa de acordo com a outra parte

⁸⁵FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan, BIRD, Lara *in* FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord.), cit., p. 25.

⁸⁶The Law Reform Commission of Hong Kong..., cit, pp. 66-67.

⁸⁷Cláusulas n.º 9.2 e 9.3 do Código de Conduta da ALF; cfr. FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan, BIRD, Lara *in* FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord.), cit., p. 26.

em litígio⁸⁸, nomeadamente o que fazer em caso de divergência entre a parte financiada e o *funder* quanto à aceitação desse acordo.

Nos casos em que o acordo de TPF não preveja estas disposições, ou para os casos em que os *funders* não estejam sujeitos ao Código de Conduta, os próprios resquícios dos princípios de *maintenance* e *champerty*, como princípios de ordem pública que se mantiveram, obstarão a que o *funder* recorresse à ameaça de pôr termo ao acordo de financiamento para obrigar a parte a atuar conforme as suas instruções⁸⁹.

A par da existência de um Código de Conduta para *Funders*, os advogados estão também sujeitos a normativos do mesmo tipo, aquando da regulamentação da sua conduta para com os seus representados. A supervisão da sua profissão está a cargo da *Solicitors Regulation Authority* que, à semelhança da ALF, publicou algumas regras e recomendações a que os advogados e as sociedades de advogados devem obedecer na relação que estabelecem com os seus clientes⁹⁰.

Uma dessas regras prende-se com a recomendação pelo advogado aos seus representados de serviços prestados por terceiros, como será o caso de *third party funders*. Exige-se ao advogado que seja capaz de manter a sua independência, ao mesmo tempo que deve aconselhar o seu cliente, alertando-o para todas as opções que tem à sua disposição e para os riscos em que pode incorrer, de forma a que ele possa tomar uma decisão esclarecida⁹¹.

Após esta sumária análise do TPF na Inglaterra e no País de Gales, e ainda que este seja um dos ordenamentos jurídicos mais bem preparados para lidar com a aplicação do TPF, continuam a existir algumas problemáticas que se discutem e para as quais ainda não foi encontrada uma solução satisfatória⁹². Com a evolução e

⁸⁸Cláusula n.º 11.1 do Código de Conduta da ALF.

⁸⁹FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan, BIRD, Lara in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord.), cit., p. 26.

⁹⁰FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan, BIRD, Lara in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord.), cit., p. 27. Nomeadamente, o *SRA Handbook*.

⁹¹*SRA Handbook, Chapter 6: Your client and introduction to third parties.*

⁹²Por exemplo, a questão de saber se as comunicações e documentos partilhados entre o *funder*, a parte financiada e o advogado estão sob proteção de algum privilégio que as torne confidenciais e

crescente interesse da comunidade acadêmica no instituto, talvez não demore muito tempo até que essas soluções sejam encontradas.

2.4 Irlanda

A opção de analisar o ordenamento jurídico irlandês em sede de TPF é óbvia, uma vez que a Irlanda proíbe expressamente o uso do TPF⁹³, uma ocorrência pouco comum nos dias de hoje. Ainda que a maioria dos ordenamentos tenha problemas na aplicação do TPF ou desconsidere a necessidade de o regulamentar, são poucos os ordenamentos que proíbem de forma tão categórica a presença desta ferramenta no seu sistema⁹⁴.

Aquela interdição decorre do *Maintenance and Embracery Act* de 1634, o qual mantém em vigor as velhas proibições de *maintenance* e *champerty*, na medida em que continuam a obstaculizar o financiamento de litígios por entidades que não tenham um interesse legítimo na causa.

E se a lei assim o determina, os próprios tribunais, aplicadores quotidianos do Direito, ainda que entendam que há lugar e necessidade de uma mudança de paradigma, não poderão decidir *contra legem*, pelo que terão que continuar a aplicar nos casos concretos a determinação legal abstrata. Uma abolição das doutrinas sobre *maintenance* e *champerty* ou, pelo menos, uma restrição do seu âmbito de aplicação,

evite a sua divulgação, mesmo em sede de julgamento. Vários autores apontam para a aplicação da *common interest doctrine*, que estende o privilégio existente entre advogado e cliente a um terceiro que tenha um interesse comum no litígio. Para um maior esclarecimento deste privilégio de confidencialidade comum nos ordenamentos de *common law*, cfr. LAWRENCE, Brandon, TUFT, Mark L., *What's uncommon about the "Common Interest" Doctrine?*, 38th ABA National Conference on Professional Responsibility, 31 de Maio de 2012.

⁹³DALY, Sharon, in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord.), cit., p. 36.

⁹⁴As Ilhas Caimão são um desses exemplos, mantendo também em vigor as proibições de *maintenance* e *champerty* – cfr. MANNING, Guy, HOUGHTON, Kirsten, in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord.), cit., pág. 17. No entanto, foi notícia recentemente que um tribunal nas Ilhas Caimão havia decidido pela legalidade e validade de um acordo de TPF (cfr. YONG, Lacey, *Cayman Islands court says yes to third-party funding*, GAR, Arbitration News, Features and Reviews, 23 Janeiro 2018).

dependerá sempre de uma iniciativa legislativa, pelo que enquanto a *hard law* não se atualizar, a *case law* não poderá fazê-lo unilateralmente⁹⁵.

Neste sentido, veja-se, por exemplo, o caso *Persona Digital Telephony Ltd v. Another v. Minister for Public Enterprise v. Other*, o qual chegou à jurisdição do *Supreme Court* irlandês. Neste caso concreto, o autor, *Persona Digital Telephony Ltd.*, perante a incapacidade para financiar um litígio, decidiu recorrer a um *funder* do Reino Unido, tendo colocado à consideração do *High Court* a validade e legalidade de um acordo daquela natureza. O *High Court* não teve como não decidir pela invalidade do acordo⁹⁶, já que o mesmo cai no âmbito da proibição de *champerty*. O autor apresentou recurso para o *Supreme Court*, tentando alcançar um resultado diferente, mas mais uma vez foi um esforço inglório, tendo aquele tribunal confirmado a decisão da instância inferior em Maio de 2017⁹⁷.

Perante este paradigma, a única situação em que um acordo de TPF pode ser considerado válido à luz do ordenamento jurídico irlandês será quando o financiador tiver um interesse legítimo na causa – por exemplo, quando o *funder* for um acionista ou um credor de uma sociedade envolvida no litígio⁹⁸. Em bom rigor, uma vez que quem vem financiar a causa não é exatamente um terceiro independente ao litígio, tendo nele um interesse⁹⁹, temos sérias dúvidas de que ainda estejamos perante um acordo de TPF.

Naqueles raros casos em que seria o acordo de TPF considerado válido, a sua existência não está sujeita a qualquer obrigação de divulgação. A parte contrária pode, no entanto, apresentar um requerimento ao tribunal para que a isso obrigue a

⁹⁵DOWLING, Cara, FITZGERALD, Alison, ROGERS, James, cit., pp. 30-31.

⁹⁶DALY, Sharon, in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord), cit., p. 36.

⁹⁷DOWLING, Cara, FITZGERALD, Alison, ROGERS, James, cit., pp. 30-31. A decisão do *Supreme Court* foi noticiada por alguns *sites* de praticantes do Direito nestas matérias, tendo sido recebida com alguma desilusão perante o crescimento do instituto noutros ordenamentos. A título de exemplo, veja-se: <https://s3.amazonaws.com/documents.lexology.com/0adddb5f5-269a-4ca6-bb7f-8f2c96c40f4a.pdf>

⁹⁸DALY, Sharon, in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord), cit., p. 36.

⁹⁹A título de exemplo, mesmo perante uma situação em que o “financiador” é um credor de uma sociedade que está em litígio com outra para que lhe seja pago o que a segunda lhe deve e, assim, poder a primeira ressarcir o credor, este tem um interesse na causa que o diferencia de um *funder* cuja única ligação ao litígio seria apenas o investimento que permitisse à sociedade autora da ação pagar as custas do litígio.

parte que é financiada, mas o tribunal pode não dar provimento a esse requerimento^{100,101}.

A Irlanda mantém-se, assim, agarrada às medievais proibições da intervenção de terceiros em litígios, motivadas, como já vimos, pelo receio do distúrbio e abuso do processo. Uma opção completamente contrária à crescente tendência de aceitação do TPF, que lhe pode custar, principalmente ao nível da arbitragem, uma posição competitiva no cenário da resolução de litígios.

2.5 Alemanha

Na Alemanha, o TPF surgiu nos anos 90, no âmbito de processos judiciais, mas é uma realidade que se mantém, até hoje, sem regulação própria que coordene a sua aplicação¹⁰². À semelhança de outros países, surge, essencialmente, como uma resposta para litigantes que não têm como custear sozinhos o impulsionamento do processo.

O acordo de TPF é visto como uma parceria contratualizada entre o litigante que vai ser financiado e o *funder*. Normalmente, adota a forma de uma “parceira silenciosa”¹⁰³, que consubstancia uma atuação concertada do *funder* e do financiado para a prossecução de um interesse em comum, ainda que apenas o financiado figure na documentação e seja responsável pela tomada de decisões pertinentes ao litígio¹⁰⁴.

¹⁰⁰DALY, Sharon, in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord), cit., p. 38.

¹⁰¹DALY, Sharon, in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord), cit., p. 38. No caso *Persona Digital Telephony*, atendendo a que aquilo que se pedia ao tribunal era uma análise da validade do acordo de TPF, o *High Court* determinou que seria necessária a apresentação ao tribunal do conteúdo suficiente do acordo que lhe permitisse chegar a uma conclusão sobre a sua validade.

¹⁰²The Law Reform Commission of Hong Kong..., cit., pp. 80-81; EVERSBERG, Arndt, in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord), cit., p. 29.

¹⁰³NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit., p. 167; The Law Reform Commission of Hong Kong..., cit., p. 82. Esta “parceira silenciosa” tem a designação de *Stille Gesellschaft bürgerlichen Rechts* e está prevista nos arts. 230.º e seguintes do HGB e nos arts. 705.º e seguintes do BGB (contrato de parceria).

¹⁰⁴NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit., p. 167.

O advogado não faz parte deste contrato, até porque não lhe é permitido ao abrigo do BRAO que rege a conduta dos advogados alemães¹⁰⁵, o que resulta em duas consequências práticas: em primeiro lugar, o advogado que representa a parte não faz parte do acordo de TPF; em segundo lugar, o *funder* não deve intervir no processo de tal forma que transpareça que está a prestar serviços jurídicos à parte financiada, uma vez que essa é uma tarefa que cabe ao advogado¹⁰⁶.

Em todo o caso, isto não significa que o *funder* não possa participar no litígio. Aliás, a maioria dos *funders* são mais do que investidores de capital, pelo que quererão, pelo menos, ser informados dos passos que foram dados, participar nas negociações e assistir às audiências. No fundo, acompanhar o andamento do processo, mesmo que não possam dele fazer parte efetivamente.

Para regular essa intervenção e fazer face a divergências que possam surgir ao longo da vida do acordo de TPF, as partes preveem nele algumas determinações que regimentarão a relação financiador-financiado.

Uma das estipulações mais comuns prende-se com as razões que podem levar a que o *funder* queira pôr fim ao acordo de TPF. Na grande maioria dos casos, preveem-se, para este efeito, situações de erro ou de superveniência de factos que ponham em causa o mérito da causa ou que, pelo menos, diminuam drasticamente as suas probabilidades de sucesso¹⁰⁷.

Caso o *funder* decida pelo término do acordo de TPF, terá que pagar as despesas que até ao momento tenham surgido com o litígio e a que se obrigou a

¹⁰⁵NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit., pp. 45-46 e 165; EVERSBERG, Arndt, in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord), cit., p. 29; The Law Reform Commission of Hong Kong..., cit., pp. 80-81. A parceria que se estabelece entre *funder* e financiado é regida pelas regras do HGB e BGB, no que concerne a este tipo de contratos. Quanto ao advogado, por respeito a princípios de ordem pública, que lhe exigem uma conduta independente, é-lhe vedado entrar numa parceria em que os seus interesses sejam equivalentes aos interesses do cliente que representa em tribunal. Assim, o art. 49.º-B, n.º 2 do BRAO proíbe qualquer tipo de acordo do advogado com o seu cliente do qual decorra uma *contingency fee*, ou seja, uma remuneração em função do resultado da ação.

¹⁰⁶NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit., pp. 46 e 171. O ordenamento jurídico tem entendido que o *funder* não presta serviços jurídicos, antes procede à análise do processo por força de um interesse próprio em garantir o retorno do seu investimento.

¹⁰⁷The Law Reform Commission of Hong Kong..., cit., p. 82; NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit., p. 167.

fazer face com o acordo de TPF. Não terá, no entanto, de continuar a financiar a parte que queira, mesmo sem o financiamento, continuar o processo. Perderá ainda o direito à remuneração com a sentença final, mas não perde o direito ao reembolso do capital que tenha investido até ao momento da cessação do acordo, caso a parte financiada prossiga com o processo e saia vencedora¹⁰⁸.

Outra das mais comuns previsões nos acordos de TPF alemães é a questão das tentativas de acordo com a parte contrária em litígio e se pode ou não o *funder* interferir nas negociações e na tomada de decisão que conduz ao acordo.

Em princípio, será necessário que tanto o *funder* como a parte financiada concordem na aceitação do acordo. Se apenas um deles quiser aceitar o acordo, haverá razão suficiente para que este possa pôr fim ao acordo de TPF, o que resultará num direito à quota que lhe caberia caso o acordo tivesse sido alcançado. A parte que recusa o acordo terá que continuar com o processo sozinha¹⁰⁹.

No que concerne a escolha dos advogados que representarão o litigante em litígio, na maioria dos casos os *funders* chegam à fala com os litigantes através da recomendação pelos advogados que os representam¹¹⁰, pelo que não será comercialmente sensato que o *funder* queira substituir o advogado que representa o financiado.

Mesmo na minoria de casos em que o *funder* possa opinar sobre a escolha do advogado que representará a parte em litígio, este, que não tem qualquer dever

¹⁰⁸EVERSBERG, Arndt, in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord), cit., p.30; The Law Reform Commission of Hong Kong..., cit., p. 82; NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit., p. 167.

¹⁰⁹EVERSBERG, Arndt, in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord), cit., p. 29. Em princípio, a parte financiada e o financiador tentarão por todos os meios concordar nas decisões a tomar, até porque o término do acordo de TPF só trará desvantagens: para a parte financiada, que ficará sem o investimento que lhe permite continuar o processo e ver-se-á a braços com o reembolso ao *funder* dos valores que este já despendeu e ainda da parte que lhe caberia; para o *funder* significa um negócio falhado, comercialmente indesejável, mas também uma diminuição naquilo que estava à espera de vir a receber com o final do processo.

¹¹⁰EVERSBERG, Arndt, in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord), cit., p. 29. Não há nenhuma regra que impeça o advogado de recomendar o TPF aos seus clientes. Exigir-se-lhe-á apenas que o faça de forma objetiva e imparcial, alertando o cliente para as opções que tem e para os riscos que comportam.

contratual com o *funder*, deve manter a sua conduta adstrita à defesa dos interesses do seu representado¹¹¹.

O TPF na Alemanha tem conseguido ampla aceitação da comunidade, mesmo dos poucos casos que chegam às decisões dos tribunais¹¹². Não tem uma regulação destinada a supervisionar a sua aplicação, no entanto, não é um instituto discricionário, estando sujeito às vicissitudes do sistema legal estabelecido. E ainda que no seio da arbitragem pareça estar a começar a crescer, não parecem haver obstáculos a que se desenvolva com ânimo nos próximos anos.

2.6 EUA

Os EUA são um dos ordenamentos jurídicos mais heterogêneos no Mundo, não só porque abrangem no mesmo território um sistema jurídico federal e um sistema jurídico estadual para cada Estado, mas também porque culturalmente não há uma unidade nos Estados, o que influencia as opções legislativas e judiciais tomadas em cada um deles.

No que concerne ao TPF, esta heterogeneidade mantém-se, o que significa que a aplicação do TPF não é uniforme em todo o território e obriga, principalmente para aqueles que ensejam integrar o mercado, um estudo da *hard law* e *case law* aplicável a cada Estado em concreto¹¹³.

Não sendo possível uma análise dessa envergadura não seria possível, faremos apenas algumas considerações dos diferentes graus de regulamentação que existem do TPF e de algumas das opções que foram tomadas.

O mercado do TPF nos EUA tem-se expandido com maior intensidade na última década, quer no que toca a litígios judiciais, quer litígios arbitrais¹¹⁴. Não é

¹¹¹ NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit., pp. 171-172.

¹¹² EVERSBERG, Arndt, in FRIEL, Steven, BARNES, Jonathan (coord), cit., p. 29.

¹¹³ SHANNON, Victoria, *Recent Developments in Third Party Funding*, pp. 448-449.

¹¹⁴ The Law Reform Commission of Hong Kong..., cit., p. 98.

ainda conhecida nenhuma regulamentação federal desta ferramenta, nem sequer no âmbito da arbitragem¹¹⁵.

Os vários Estados têm tomado em conta a sua crescente marca no mercado, pelo que têm adotado opções regulamentares para a aplicação do TPF. Mas, na verdade, os verdadeiros impulsionadores e supervisores do TPF têm sido os tribunais¹¹⁶.

Tal como noutros ordenamentos já estudados, o grande obstáculo à aplicação do TPF nos EUA prende-se com o papel mais ou menos ativo das doutrinas de *maintenance* e *champerty* no âmbito de cada Estado.

Thomas G. Appleman e Lawrence S. Schaner afirmavam, em 2012, que na miríade de Estados que se debruçavam sobre a temática do TPF, existiam três tipos de abordagens regulatórias diferentes¹¹⁷: em primeiro lugar, existiam Estados que haviam reforçado as condutas que consubstanciavam *champerty*, de entre os quais estavam o Nevada¹¹⁸ e o Minnesota; em segundo lugar, estavam os Estados que tinham procurado restringir o âmbito das situações em que um acordo incorreria na proibição de *champerty*, dos quais eram exemplo a Florida, Nova Iorque¹¹⁹⁻¹²⁰ e o Texas; por último, alguns Estados optaram pela total abolição da doutrina da *champerty*, quebrando uma tradição secular dos ordenamentos jurídicos de *common law*, de que são exemplo o Massachussetts e a Carolina do Sul¹²¹.

¹¹⁵SHANNON, Victoria, cit., pp. 448-449.

¹¹⁶The Law Reform Commission of Hong Kong..., cit., p. 98; DOWLING, Cara, FITZGERALD, Alison, ROGERS, James, cit., p. 30.

¹¹⁷APPLEMAN, Thomas G., SCHANER, Lawrence S., cit., pp. 181-185.

¹¹⁸Cfr. a decisão do caso *Schwartz v. Eliades* (939 P.2d 1034, 1036) de 1997 proferida pelo *Supreme Court of Nevada*, que aplicou a proibição de *champerty*.

¹¹⁹CREMADES Jr., Bernardo M., *Third Party Litigation Funding: Investing...*, pp. 161. No caso *Trust for the Certificate Holders of Merrill Lynch Mortg. Investors, Inc. v. Love Funding Corp.* (918 N.E.2d 889), decidido em 2009 pelo *New York Court of Appeals*, foi feita uma interpretação restritiva de *champerty*, de forma a que os casos que se lhe reconduzem se limitarão à importunação de alguém para que inicie uma ação, com o objetivo de à sua custa enriquecer.

¹²⁰Em Nova Iorque nasceu a ALFA, associação a que os *funders* que queiram transacionar naquele Estado podem aderir e que já conta com um Código de Conduta. No entanto, a ALFA destina-se aos *funders* que lidam com litígios de consumidores e não com litígios comerciais.

¹²¹APPLEMAN, Thomas G., SCHANER, Lawrence S., cit., pp. 181-185, CREMADES Jr., Bernardo M., *Third Party Litigation Funding: Investing...*, p. 160. Também em 1997, na decisão do caso *Saladini v. Righellis* (687 N.E.2d 1224, 1226) o *Massachusetts Supreme Judicial Court* já decidia no

Em 2015, era admitida a utilização do TPF no Arizona, Califórnia, Colorado, Connecticut, Florida, Illinois, Massachusetts, Missouri, New Hampshire, Nova Jérсия, New Mexico, Nova Iorque, Carolina do Sul, Texas, Tennessee, Ohio, Maine, Nebraska e Oklahoma¹²², ainda que, na sua grande maioria, se refiram à sua aplicação em sede de processos particulares e não em matérias comerciais¹²³. Em todo o caso, mesmos estes Estados encontram alguns desafios, que vão sendo superados com a ajuda dos tribunais.

Uma das questões que se tem levantado diz respeito à remuneração do investimento dos *funders*¹²⁴, cujos valores elevados podem recair muitas vezes no âmbito de previsão da usura¹²⁵. Quando isto acontece, o *funder* terá apenas direito ao retorno do capital e ao valor máximo determinado pela lei a título de remuneração (no caso de juros remuneratórios), o que significa que o tribunal vai reduzir a remuneração que o *funder* estava à espera de receber, para que se delimite dentro dos parâmetros legais.

Por outro lado, à semelhança do que vimos no Reino Unido, também nos EUA a questão da confidencialidade das comunicações e documentos produzidos a propósito do litígio, que sejam partilhados ou concebidos pelo *funder*, não tem uma solução uniforme.

Esta questão tem dado origem a várias decisões extremas: desde aquelas que aceitam a existência de um privilégio que impeça o tribunal e a parte contrária de quebrarem o segredo, até sentenças em que não se vislumbra a aplicação de

sentido de quebrar com as velhas doutrinas de *maintenance* e *champerty*, considerando-as desnecessárias.

¹²²The Law Reform Commission of Hong Kong..., cit., p. 98.

¹²³The Law Reform Commission of Hong Kong..., cit., p.98; SHANNON, Victoria, cit., pp. 448-449. Tipicamente, estas regulamentações estaduais prevêem regras sobre a não interferência dos *funders* com a independência profissional do advogado.

¹²⁴SHANNON, Victoria, cit., pp. 448-449.

¹²⁵The Law Reform Commission of Hong Kong..., cit., pp. 101-102. O *Court of Appeals of California*, na decisão do caso *O'Connor v. Televideo System Inc.* (H004798) em 1990 entendeu a usura nos seguintes termos: “(...) Usury is the exacting, taking or receiving of a greater rate than is allowed by law, for the use or loan of money.”.

qualquer tipo de privilégio, sujeitando a parte financiada e o *funder* a revelarem aquilo que lhes seja solicitado¹²⁶.

Fazemos ainda uma última referência ao papel do advogado, o qual, conforme mencionado anteriormente, é um dos intervenientes no processo mais suscetível a constrangimentos que o TPF possa causar no litígio.

Não existe nos EUA uma ordem dos advogados de âmbito federal, apenas organismos supervisores da profissão em cada Estado, com regras e procedimentos próprios¹²⁷. De âmbito nacional, apenas encontramos a ABA, organização independente a que os advogados podem aderir livremente, mas que não tem poderes para supervisionar ou controlar a conduta dos seus membros¹²⁸. De todo o modo, num esforço para a uniformização e observância de boas práticas no exercício da profissão, a ABA publicou *Model Rules*, as quais, para além de terem sido reconhecidas pela maioria dos Estados¹²⁹, são muitas vezes recomendadas e utilizadas na prática da advocacia.

Algumas dessas regras são úteis para perceber os limites da atuação do advogado quando confrontado com um cliente que é parte num acordo de TPF, mas também alguns limites que podem ser impostos aos próprios *funders* quando intervenham mais ativamente no litígio.

Desde logo, pode existir um conflito de interesses quando o advogado tem uma relação direta com o *funder*, nomeadamente quando o advogado refere o *funder* aos seus clientes¹³⁰. Nestes casos, não sendo a conduta do advogado proibida pela

¹²⁶The Law Reform Commission of Hong Kong..., cit., p. 102. A propósito desta matéria, ainda que a sentença tenha determinado que o acordo de TPF não era relevante para a decisão a tomar, o *Illinois Northern District Court*, no caso *Miller UK Ltd v. Caterpillar Inc.* (1:10-cv-03770) em 2014, determinou que os documentos que foram partilhados com o *funder* e que se relacionavam com a estratégia processual a adotar no litígio estavam sujeitos à *work product doctrine*. Para um maior esclarecimento deste privilégio de confidencialidade comum nos ordenamentos de *common law*, cfr. JONES, Emily, *Keeping Client Confidences: Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine in Light of United States v. Adlman*, *Pace Law Review*, vol. 18, n.º 2, Abril de 1998.

¹²⁷NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit., p. 48. De Estado para Estado, a regulamentação não se altera significativamente.

¹²⁸NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit., p. 48; APPLEMAN, Thomas G., SCHANER, Lawrence S., cit., pp. 181-185.

¹²⁹NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit., p. 48.

¹³⁰*ABA Model Rule 1.7 (a) 2*.

lei, para ultrapassar o conflito de interesses que se gera, o advogado deve: (i) esclarecer o cliente sobre os riscos e consequências da sua atuação nestes termos; e (ii) deve pedir o seu consentimento expresso, e por escrito, para que continue, ainda assim, a representá-lo¹³¹.

O advogado não poderá ainda aceitar que a sua remuneração seja paga por um terceiro - a sua compensação deve ser paga pelo representado apenas. Excecionam-se, no entanto, os casos em que o representado dê o seu consentimento expresso para que isso aconteça, devendo garantir-se que o advogado é capaz de manter a sua independência e zelo profissionais na prestação dos seus serviços, e ainda se garanta a confidencialidade das informações prestadas pelo cliente¹³².

Daqui decorre, para além de rigorosos requisitos para a conduta do advogado, limites para a atuação do *funder*. A independência do advogado e o seu compromisso com os interesses do seu representado não podem ser postos em causa e, mesmo quando o sejam, o advogado deverá preterir-lhes face às instruções que lhe sejam dadas pelo *funder*¹³³, determinando um escopo de atuação restrito para o *funder*, que deverá, passivamente, determinar-se aos interesses do representado, influenciando no litígio o menos possível.

Ainda que estas poucas linhas não possam almejar a uma compreensiva análise do TPF nos EUA, delas já se retira a complexidade que será a aplicação desta ferramenta naquele território. Mesmo que se ambicione alcançar soluções para os problemas comuns que o TPF levanta, dificilmente todos os Estados concordarão numa aplicação uniforme das mesmas. Talvez, à semelhança da ABA para os advogados, fosse benéfica a criação de um organismo a nível federal que tentasse a conceção de normas de boas práticas e de uniformização de condutas para *funders*.

¹³¹ABA Model Rule 1.7 (b) 1-4.

¹³²ABA Model Rule 1.8 (f) e 5.4 (c).

¹³³Model Rules 1.2 (a) 1.8(f), 5.4 (c). Cfr. APPLEMAN, Thomas G., SCHANER, Lawrence S., cit., pp. 183-184.

2.7 Hong Kong e Singapura

Conforme mencionado antes, a propósito da definição de TPF, Hong Kong é um dos mais recentes ordenamentos jurídicos a permitir expressamente o TPF em sede legislativa¹³⁴. Também Singapura optou por o fazer, tendo previsto expressamente a permissão do TPF no âmbito da sua Lei Civil¹³⁵.

Ambos estes ordenamentos jurídicos - como sistemas de *common law* - mantinham em vigor as velhas proibições de *maintenance* e *champerty*. Para permitirem o TPF, optaram pela descriminalização e desconsideração como *tort* das condutas que consubstanciassem *champerty*, o que abriu portas à intervenção e financiamento por terceiros de litígios¹³⁶.

Em Hong Kong, foi introduzida na Lei da Arbitragem a parte 10A que prevê expressamente a permissão do TPF no âmbito da arbitragem e da mediação.

As primeiras considerações que faz prendem-se com definições claras sobre o que consubstancia o TPF, o que se deve entender por *funder* e por acordo de financiamento, entre outros esclarecimentos conceptuais que ajudarão depois na aplicação aos casos concretos¹³⁷.

Opta em seguida por expressar uma autorização legislativa para que os órgãos competentes providenciem pela criação de um Código de Conduta que venha regular e supervisionar a atuação dos *funders*¹³⁸, o qual determinará, para além do nível de intervenção que o *funder* possa vir a ter no litígio, requisitos a que o acordo de TPF estará sujeito e ainda a necessidade de os *funders* preverem procedimentos de gestão de conflitos de interesses que possam surgir na relação

¹³⁴Cap. 609 Arbitration Ordinance, Part 10A (ss. 98E-98W), em vigor desde Junho de 2017.

¹³⁵Secção 5A e 5B da Lei Civil, alterada para permitir o TPF desde Janeiro de 2017.

¹³⁶KENNY, Caroline, *Third party funding of international arbitrations*, CI Arb News, Novembro de 2017.

¹³⁷Cap. 609 Arbitration Ordinance, Part 10A (ss. 98E-98J).

¹³⁸Cap. 609 Arbitration Ordinance, Part 10A (ss. 98P-98S).

com o financiado e com os restantes intervenientes nos processos (advogados, árbitros, etc)¹³⁹.

Determina ainda uma exceção ao dever de confidencialidade que incide sobre as partes em sede de processo arbitral, permitindo à parte que queira contratar um acordo de TPF ceder-lhe informações sobre o litígio¹⁴⁰. Por último, prevê um dever de revelação da existência do acordo de TPF, assim como da identidade do *funder*, quer à parte contrária quer ao tribunal arbitral¹⁴¹.

No caso de Singapura, o financiamento de litígios por terceiros deixou de estar sujeito às proibições de *maintenance* e *champerty*¹⁴², mas isso não invalida que o acordo de TPF não possa ser considerado inválido ou ilegal por respeito a outros princípios ou normas presentes na Lei Civil¹⁴³. A permissão do TPF está, no entanto, limitada a arbitragens internacionais ou a processos judiciais com elas conexos¹⁴⁴.

Singapura determinou também uma autorização ao Ministério competente para que este possa proceder às regulamentações que entenda necessárias para que a aplicação do TPF se torne efetiva. As necessárias normas que venham a surgir poderão incidir sobre requisitos que os *funders* e os litigantes tenham que cumprir e a previsão dos casos ou categorias de casos a que o TPF poderá ser aplicado¹⁴⁵.

No mais, acaba por prever apenas algumas normas de índole interpretativa¹⁴⁶ e ainda a possibilidade de o acordo de TPF ser posto em causa, quando o *funder* não cumpra com os requisitos que lhe venham a ser impostos pela regulamentação que o

¹³⁹Cap. 609 Arbitration Ordinance, Part 10A (ss. 98P-98S); cfr. KENNY, Caroline, cit.. Prevê, no entanto, que esse mesmo Código de Conduta não será de cumprimento obrigatório, o que pode levar a um sentimento de impunidade dos *funders* que os faça abusar do instituto.

¹⁴⁰Cap. 609 Arbitration Ordinance, Part 10A (s. 98T).

¹⁴¹Cap. 609 Arbitration Ordinance, Part 10A (s. 98U).

¹⁴²Secção 5A, n.º 1 da Lei Civil de Singapura.

¹⁴³Secção 5A, n.º 2 da Lei Civil de Singapura.

¹⁴⁴SECOMB, Matthew, WALLIN, Adam, in PERRIN, Leslie (coord.), *The Third Party Litigation Funding Law Review*, p. 127. Por força da definição que resulta da Regulation 3 de *prescribed dispute resolution proceedings*.

¹⁴⁵Secção 5B, n.º 8 da Lei Civil de Singapura.

¹⁴⁶Secção 5B, n.º 9 da Lei Civil de Singapura. Algumas definições, ainda que não preveja expressamente uma definição do que consubstancia TPF.

Ministério venha a criar, caso em que o tribunal arbitral ou judicial pode vir a ser chamado a intervir¹⁴⁷.

Após a aprovação da nova Lei Civil, surgiram alguns instrumentos de *soft law*¹⁴⁸, com o intuito de ajudar na interpretação e aplicação dos novos normativos referentes à permissão do TPF. Neles figuram algumas recomendações em matérias como a ingerência do *funder* no litígio, o cumprimento do dever de revelação do acordo de TPF ou a possibilidade da sua resolução.

No território de Singapura vigoram ainda, pelo menos para as arbitragens aí sediadas, as regras sobre *Investment Arbitration* do conceituado SIAC, publicadas em Janeiro de 2017.

Aquelas regras fazem referência ao TPF em dois casos específicos. A primeira referência que é feita consagra o poder para o tribunal arbitral de exigir às partes que divulguem a existência de acordos de TPF que tenham contratado, incluindo a identidade do *funder*¹⁴⁹; a segunda previsão já se prende com a possibilidade de o tribunal arbitral, aquando da decisão sobre custas que tenha que emitir, poder ter em conta a existência de um acordo de TPF e a influência que o mesmo possa ter tido nas custas processuais das partes¹⁵⁰.

A tomada de posição pela aceitação expressa do TPF em Hong Kong e Singapura foi uma opção estratégica tomada pelos organismos governativos daqueles territórios. A permissão expressa do TPF acaba por tornar Hong Kong e Singapura em centros competitivos, principalmente ao nível da arbitragem internacional¹⁵¹. Levará, provavelmente, a que a comunidade de *funders* queira estabelecer nos seus territórios centros e redes de contacto com possíveis clientes que queiram sediar processos arbitrais num ordenamento jurídico que não levante entraves e que lhes permita um acesso à justiça mais eficaz.

¹⁴⁷Secção 5B, n.ºs 3 a 6 da Lei Civil de Singapura.

¹⁴⁸ SECOMB, Matthew, WALIIN, Adam, in PERRIN, Leslie (coord.), cit., pp. 128-132. De entre as mais reconhecidas estão as *SI Arb Guidelines for Third Party Funders* e as *Law Society Notes*.

¹⁴⁹Regra 24 das *Investment Arbitration Rules* do SIAC.

¹⁵⁰Regras 33 e 35 das *Investment Arbitration Rules* do SIAC.

¹⁵¹KENNY, Caroline, cit.; DOWLING, Cara, FITZGERALD, Alison, ROGERS, James, cit., pp. 30-31.

Caroline Kenny vai mais longe e afirma mesmo que “A legislação de Hong Kong e de Singapura provavelmente marcará uma nova era na Arbitragem Internacional”¹⁵². Aguardaremos os desenvolvimentos que surjam no seguimento destas opções legislativas.

¹⁵²KENNY, Caroline, cit.: “the legislation in Hong Kong and Singapore is likely to herald in a new era for international arbitration”.

3. O TPF e o Processo Arbitral

Conforme mencionámos anteriormente, muitos são os desafios que o TPF apresenta na arbitragem.

Neste sentido, exposto o problema, e analisada a noção e diferentes concepções de TPF no mundo, é chegado o momento de, em concreto, analisarmos (i) as vantagens e desvantagens que o TPF pode apresentar na arbitragem; (ii) as especificidades e problemas que se colocam; e, por fim, (iii) a questão de saber se deverá ou não ser regulado.

São estas as questões essenciais que, no presente capítulo, procuraremos dar resposta.

3.1 Vantagens do TPF

3.1.1 Acesso à Justiça

O TPF, apesar de se reconhecer como uma oportunidade de negócio rentável e atrativa, não surgiu no mercado simplesmente pela sua viabilidade comercial. Aliás, como vimos, a intervenção de entidades em qualquer litígio alheio nunca foi vista com bons olhos, pelo que, se atualmente é aplicado, há algo que faz pender o prato da balança a seu favor.

Para José Miguel Júdice, o TPF, pelo menos ao nível da arbitragem, despontou para fazer face à sua complexidade crescente e aos custos cada vez maiores que importa¹⁵³. Ou seja, é uma das possibilidades criadas com o intuito de facilitar a alocação de recursos destinados à solução de litígios e à reivindicação de direitos. Representa, portanto, um passo em frente no acesso à Justiça.

¹⁵³JÚDICE, José Miguel, *Some notes about third-party funding: a work in progress*, pp. 56-57. No mesmo sentido, CASADO Filho, Napoleão, cit., pp. 87-89; BOULLE, Thibault De, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration*, p.25; BARRINGTON, Louise, cit., p. 16.

É este o argumento mais utilizado quando se quer promover a sua exequibilidade¹⁵⁴: concede àqueles que não conseguem dar início ou suportar os encargos de manutenção de um processo em tribunal, um recuso fidedigno que lhes garanta o exercício dos seus direitos.

No caso da arbitragem comercial, a qual atrai litígios que amontam a valores de causa relativamente elevados¹⁵⁵, aquele fundamento ganha ainda mais força, já que torna este meio RAL acessível a um maior número de entidades que careçam de lhe recorrer.

Aquele acesso facilitado é visível quer para as partes autoras, quer para réus em sede de uma demanda que tenha sido proposta contra eles. Inclusivamente, para estes últimos, na falta de estabilidade económica, mas se detentores de um argumentário defensivo forte, permitir-lhes-á não se sujeitarem à aceitação de um acordo que não lhes seja benéfico, ou até à desistência prematura da sua defesa, apenas para pôr um fim rápido ao litígio¹⁵⁶. Até porque, do outro lado, a parte contrária pode deter os recursos suficientes para arrastar o processo ou adiar ao máximo a decisão final, capacidade que o réu pode não ser capaz de acompanhar.

Em todo o caso, não é unicamente a estrita escassez de meios económicos para iniciar ou suportar os custos de um processo que move as entidades a recorrerem ao TPF. Aqueles que aproveitam a promoção do acesso à justiça que aquele permite, dividem-se em dois grandes grupos: por um lado, de facto, reúnem-se as entidades que não têm meios para autofinanciar o início ou a manutenção de um processo litigioso, tornando o TPF o único meio que têm de defender os seus direitos; por outro lado, agregam-se as entidades que veem no TPF um meio

¹⁵⁴SHAHADADPURI, Khushboo Hashu, cit., pp. 81-83; YEOH, Derric, *Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?*, p. 116; CAIVANO, Roque J., *Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global*; GOELER, Jonas von, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, pp. 82-83; CREMADES Jr., Bernardo M., *Third Party Funding: Investing...*, pp. 181-182; CASADO Filho, Napoleão, cit., p. 92; NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit., p. 62; BOULLE, Thibault De, cit., p. 26; BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, vol. I, p. 2867.

¹⁵⁵FRIGNATI, Valentina, *Ethical Implications of Third Party Funding in International Arbitration*, p. 506; BARRINGTON, Louise, cit., p. 17. Este argumento é válido para as arbitragens de investimento.

¹⁵⁶CREMADES Jr., Bernardo M., *Third Party Funding: Investing...*, p. 181; JÚDICE, José Miguel, cit., pp. 57-58.

adicional e menos arriscado de reivindicar causas que, de outro modo, estariam relutantes em iniciar¹⁵⁷.

Do primeiro grupo, fazem parte não só as empresas de mais pequena dimensão que enfrentam um litígio demasiado elevado ou uma parte contrária muito mais forte, causando um desequilíbrio que a sua capacidade económico-financeira não consegue suportar, mas também entidades que se encontram em situação quase falimentar, e que podem ver na oportunidade de solucionar um conflito ou reivindicar um direito, o último reduto para voltar a uma posição de maior prosperidade¹⁵⁸.

Já no segundo grupo, encontramos entidades que têm capacidade financeira para enfrentar os encargos de entrar na discussão de um conflito, tornando o TPF uma alternativa ao financiamento próprio e já não uma necessidade¹⁵⁹. Nestes casos, estão em causa, principalmente, empresas que não querem arriscar o insucesso de uma demanda, causando uma situação de endividamento indesejável. São entidades avessas ao risco que, do ponto de vista económico, confrontando a probabilidade de sucesso da causa (ainda que esta se afigure elevada) com o perigo de perder em juízo, preferem não se aventurar. A opção pelo TPF permite-lhes, assim, diluir o risco, o qual correrá maioritariamente com o *funder*, permitindo à parte financiada discutir a sua causa, sem ter que despender os seus recursos. Em caso de sucesso, mesmo que parte dele tenha que ser partilhado com o *funder*, haverá sempre ganhos para o financiado, o que não aconteceria se perdesse o litígio, não recuperasse nada e tivesse que fazer face aos custos processuais que lhe fossem exigíveis¹⁶⁰.

Em suma, o TPF consubstancia um alargamento subjetivo do acesso à Justiça em duas frentes: nos casos mais óbvios, em que a carência de meios era o

¹⁵⁷JACKSON, Justice, cit., p. 117, CASADO Filho, Napoleão, cit., pp. 98-101.

¹⁵⁸GOELER, Jonas von, cit., p. 83; BOULLE, Thibault De, cit., pp. 26-27.

¹⁵⁹SHAH DADPURI, Khushboo Hashu, cit., pp. 82-83; FRIGNATI, Valentina, cit., p. 506; BARRINGTON, Louise, cit., p.17; SHEPHERD, Joanna M., STONE II, Judd E., *Economic Conundrums in Search of a Solution: The Functions of Third Party Litigation Finance*, pp. 927-928.

¹⁶⁰JACKSON, Justice, cit., p. 117; BARRINGTON, Louise, cit., p.17. Em caso de insucesso o financiado não tem que reembolsar o *funder* e, dependendo daquilo que fique acordado em sede de acordo de TPF, poderá nem ter que se responsabilizar pelas custas da parte contrária que lhe sejam sentenciadas a pagar.

obstáculo principal que impedia o avanço para tribunal, mas também quando o risco era o fator chave nessa inércia. Diminuí, deste modo, as barreiras no acesso à Justiça e à reivindicação de direitos, colocando o acento tónico no mérito da causa.

3.1.2 Due Diligence do Funder

Um dos primeiros e mais importantes passos conducentes ao acordo de TPF é o chamado *case assesment* ou *due diligence*, que consiste numa análise aprofundada e exaustiva do litígio que é proposto ao *funder* que financie, de forma a que possa tomar conhecimento da pretensão adotada pelo litigante e estudar a sua probabilidade de sucesso.

É o resultado da *due diligence* que determina a decisão de investimento, ou seja, é através da análise de cada caso concreto que o *funder* seleciona as causas que, não só apresentam pedidos com mérito, mas que representam uma possibilidade de sucesso elevada para compensar o risco de investimento que assume¹⁶¹.

Este estudo aprofundado pode assumir várias formas e cada *funder* acaba por determinar a estrutura que mais lhe convém. Ainda assim, é comum a adoção de um modelo constituído por três passos: (i) em primeiro lugar, o *funder* promoverá uma primeira aproximação ao caso, que lhe permitirá estabelecer se cumpre determinados requisitos mínimos para que se considere financiável; (ii) o segundo passo é o núcleo da *due diligence*, já que é a altura em que o *funder* promove uma avaliação mais séria e minuciosa do caso, solicitando informação detalhada à parte financiada¹⁶²; (iii) o último passo é o culminar da análise a que se procede, aplicando os seus resultados na tomada da decisão final sobre o investimento.

A *due diligence* é habitualmente realizada internamente pelos próprios *funders*, que contam com equipas especializadas constituídas por profissionais de diferentes

¹⁶¹NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit., p. 34; GOLDSMITH, Aren, FLÉCHET, Camille, SCHERER, Maxi, cit., p. 9; GOELER, Jonas von, cit., p.13.

¹⁶²GOELER, Jonas von, cit., pp. 19-22; NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit., p.34-35. Pode incluir pedidos de documentação, entrevistas e esclarecimentos com a parte financiada e os seus representantes e advogados, informação contabilística, todo o historial contratual e factual do litígio, e até os meios de prova apresentados e as peças processuais entregues em sede de processo

áreas, incluindo juristas, contabilistas e analistas de risco. Contudo, existindo pormenores mais específicos ou técnicos, pode justificar-se o recurso a profissionais externos¹⁶³.

O *funder* não deixa, assim, nenhum detalhe de fora, procurando conhecer ao máximo todas as vicissitudes do litígio a financiar. O que não é exatamente uma surpresa, dada a disponibilização de capital que faz na causa, baseado numa probabilidade de sucesso que, mesmo que elevada, está sujeita aos parâmetros utilizados na análise.

Discorremos estas linhas sobre aquele empreendimento meticoloso do *funder* porque este acaba por trazer vantagens para o financiado.

Desde logo, cria no litigante um sentimento de confiança no mérito da sua pretensão. É certo que a parte, principalmente se já tiver escolhido um advogado que a represente em juízo, pode ter noção das hipóteses que tem de êxito. Porém, a asserção por um terceiro, neutro e imparcial à causa e que promove um estudo exaustivo do caso, de que a posição do litigante tem uma probabilidade de sucesso tal que lhe permite um investimento relativamente seguro, acaba por ser uma confirmação mais objetiva da viabilidade do pedido¹⁶⁴.

Para além disso, a própria equipa do *funder*, quando este adote uma postura mais ativa, torna-se numa ajuda acrescida na preparação do processo, diminuindo a possibilidade de falhas ou de surpresas que não tenham sido antecipadas¹⁶⁵. Adicionalmente, nos casos em que a parte ainda não tenha dado início ao processo, esta equipa poderá ainda aconselhar, com base nos resultados a que chega, no processo de nomeação de árbitro que constituirá o tribunal arbitral ou dos

¹⁶³GOELER, Jonas von, cit., pp.14-15.

¹⁶⁴BOULLE, Thibault De, cit., p.31; CREMADES Jr, Bernardo M., *Third Party Funding: Investing...*, p. 182; LYON, Jason, cit., pp. 592-593. Ao mesmo tempo, desincentivará a proposição de ações com reduzidas hipóteses de sucesso, pois o potencial financiado, confrontado com esse facto, provavelmente desistirá da pretensão.

¹⁶⁵GOELER, Jonas von, cit., pp.14-15; SHEPHERD, Joanna M., STONE II, Judd E., cit., pp.927-928. Até porque muitas vezes estas entidades não estão tão habituadas a litigar e podem contar apenas com o seu departamento jurídico interno para resolver o litígio.

advogados que possam representar a parte, ou mesmo de outros intervenientes que possam vir a ser necessários, como peritos ou testemunhas¹⁶⁶.

Por último, sendo do conhecimento da parte contrária de que há um *funder* que consentiu no financiamento da sua pretensão¹⁶⁷, a parte acaba por ganhar algum poder negocial no processo. Isto porque, para além de passar a mensagem de que estará disposta a fazer o que lhe for possível para alcançar um resultado que lhe seja satisfatório (uma vez que dispõe dos recursos para o efeito¹⁶⁸), em sede de procedimentos negociais, nomeadamente os conducentes a um acordo que ponha fim ao litígio, a parte não se contentará numa solução rápida e económica, tentando alcançar as melhores condições que lhe sejam possíveis¹⁶⁹.

3.2 Desvantagens do TPF

3.2.1 Aumento da litigância sem mérito

O TPF não é uma realidade isenta de críticas ou que exista sem as suas falhas. Sendo-lhe reconhecidas vantagens, existem também argumentos que desencorajam a sua aplicação.

Desde logo, paradoxalmente a uma das suas principais vantagens, uma das principais críticas que lhe é apontada é a tendência que cria para a litigiosidade, especificamente para a proposição de mais ações às quais faltará mérito¹⁷⁰.

Isto porque, defendem os críticos¹⁷¹, com uma facilidade tão grande de captar investimento, o qual não terão que reembolsar aos *funders* em caso de

¹⁶⁶YEOH, Derric, cit., p. 119.

¹⁶⁷Uma vantagem da divulgação da existência do acordo de TPF.

¹⁶⁸YEOH, Derric, cit., p.119. Ainda que algo condicionado pela disponibilidade do *funder* em aceitar determinadas despesas, é principalmente vantajoso se do outro lado estiver uma parte mais forte e mais habituada a litigar.

¹⁶⁹FRIGNATI, Valentina, cit., p.517; YEOH, Derric, cit., p.119. É mais evidente se o financiado é um réu, mais disposto a aceitar um mau acordo, desde que os custos do litígio diminuíssem.

¹⁷⁰BEISNER, John, MILLER, Jessica, RUBIN, Gary, cit., p. 5; LYON, Jason, cit., p. 590; GOELER, Jonas von, cit. p. 91 e 102-104; BOULLE, Thibault De, cit., p. 32. Esta crítica toma proporções mais sérias no seio da Arbitragem de Investimento, já que de um dos lados estará um Estado, o qual depende dos recursos dos contribuintes para litigar.

decaimento do pedido, as entidades não se preocupam com o risco de perder a causa. Pretensões mais fracas, do ponto de vista dos fundamentos jurídicos, acabam por ser consideradas, uma vez que os financiados não terão que despende dos seus próprios recursos para manter o litígio, nem suportar os encargos do seu insucesso. Os próprios advogados que representam as partes acabam por não ter um incentivo para se oporem a tal eventualidade, já que o pagamento dos seus honorários estará assegurado pela disponibilização de capital do *funder*¹⁷².

Por outro lado, caso o valor da retribuição esperada seja suficientemente aprazível, os *funders*, mesmo com uma probabilidade de sucesso baixa, apostarão no financiamento de disputas mais arriscadas, mitigando o seu risco de fracasso com o investimento noutras causas que apresentem estimativas mais seguras¹⁷³. Mick Smith, um dos colaboradores da famosa Calunius Capital, asseverou que a necessidade de pretensões meritórias para garantir financiamento era uma falácia¹⁷⁴.

Aliado à falta de mérito do pedido, recorrentemente se argumenta que o TPF desincentiva a aceitação de acordos com a parte contrária¹⁷⁵, na medida em que o financiado, contabilizando o reembolso e retribuição que deverá ao *funder*, optará por uma de duas alternativas: continuar o processo, almejando alcançar o deferimento total do pedido, montante máximo a que pode aspirar; ou, em sede de acordo, apenas aceitará valores que lhe permitam satisfazer os seus interesses e as expectativas do *funder*.

No entanto, os defensores da aplicação do TPF expõem as lacunas neste tipo de argumentação.

A afirmação de que o TPF, por si só, aumenta o número de ações, quer em sede judicial, quer em sede arbitral, não está empiricamente comprovada, já que os

¹⁷¹BEISNER, John, MILLER, Jessica, RUBIN, Gary, cit., p. 5; GOELER, Jonas von, cit., p.91.

¹⁷²SHAHDADPURI, Khushboo Hashu, cit., p. 86; BEISNER, John, MILLER, Jessica, RUBIN, Gary, cit., p. 5.

¹⁷³LYON, Jason, cit., p. 594; BEISNER, John, MILLER, Jessica, RUBIN, Gary, cit., p. 6; BOULLE, Thibault De, cit., pp.33-34.

¹⁷⁴Citado por BEISNER, John, MILLER, Jessica, RUBIN, Gary, cit., p.6.

¹⁷⁵GOELER, Jonas von, cit., p.95; BEISNER, John, MILLER, Jessica, RUBIN, Gary, cit., pp.6-7.

estudos desta temática, além de escassos, têm em conta as especificidades de determinados ordenamentos jurídicos¹⁷⁶.

Quanto ao financiamento de causas pouco meritórias, dado o prenúncio de um resultado insuficiente que representam, dificilmente a maioria dos investidores assentirá nesse tipo de investimento¹⁷⁷. Aliás, é precisamente para evitarem esse perigo que executam uma *due diligence* antes de decidirem financiar qualquer pretensão. Nem lhes seria vantajoso, do ponto de vista reputacional, pois, sendo o *funder* reconhecido por subsidiar causas sem mérito, aqueles que não queiram ser rotulados da mesma forma procurarão outras alternativas¹⁷⁸.

Contrariamente, aquilo que os *funders* promovem pode até considerar-se um desincentivo da frivolidade, já que, não só recusam custear litígios com uma defesa fraca, como acabam por influenciar a parte a não prosseguir autonomamente com a proposição da ação¹⁷⁹.

Já no que toca ao desincentivo da chegada a acordo com a parte contrária, ainda que se assuma que o TPF dê poder negocial ao financiado, que o fará exigir condições mais satisfatórias, o montante desses termos não está necessariamente desconexo do valor da causa apresentado. O limite mínimo que estará disposto a aceitar em sede de acordo, mesmo que acoplado com a retribuição do *funder*, pode ser menor do que aquele que tenha sido peticionado, portanto menor do que o real valor da causa¹⁸⁰.

¹⁷⁶Um dos poucos estudos a este propósito foi realizado por David Abrams e Daniel L. Chen, a propósito do financiamento de litígios na Austrália: *A Market For Justice: The Effect of Litigation Funding on Legal Outcomes* (2009).

¹⁷⁷BILLIET, Johan, *International Investment Arbitration*, p. 317; BARRINGTON, Louise, cit., p. 18; SHEPHERD, Joanna M., STONE II, Judd E., cit., pp. 950-951. Os *funders* interessam-se por valores de causa elevados, mas que garantam uma perspetiva de retribuição também alta.

¹⁷⁸LYON, Jason, cit., p. 595; GOELER, Jonas von, cit., p. 94; SHAHDADPURI, Khushboo Hashu, cit., p. 88.

¹⁷⁹GOELER, Jonas von, cit., p. 91; LYON, Jason, cit., p. 592. Se a decisão de financiar confirma a probabilidade de sucesso da causa, já a decisão pelo não investimento terá o efeito precisamente inverso.

¹⁸⁰LYON, Jason, pp. 596-597.

3.2.2 Controlo do processo pelo *funder*

A partir do momento em que o *funder* decide investir numa causa, ainda que não lhe seja cedido qualquer direito de ação pela parte financiada, este passa a ter um interesse direto na sua resolução, uma vez que a retribuição do capital que investe depende do seu sucesso. Não é, portanto, inesperado que o *funder* queira exercer algum tipo de controlo sobre a gestão do litígio, por forma a garantir que os seus interesses são acautelados¹⁸¹.

Aquele exercício de controlo poderá, no entanto, tornar-se excessivo, tomando o *funder* uma posição decisória definitiva ao longo das várias etapas do processo. Poderá, ainda, quando a parte financiada lhe recorre antes da proposição de qualquer ação, querer determinar quem deve representar a parte em juízo¹⁸² ou o árbitro que competirá à parte nomear para a constituição do tribunal arbitral.

Esta ingerência acaba por restringir a autonomia da parte financiada para gerir a sua própria pretensão¹⁸³ e originar conflitos com o próprio advogado que a represente. Aliás, o primeiro passo no exercício desse controlo é precisamente o recurso ao advogado para que o informe do acompanhamento do processo, requerendo regularmente que o mantenha ao corrente das principais contingências a enfrentar e das opções que é preciso tomar. Na posse dessa informação, o *funder* tentará influenciar a tomada de decisão, insurgindo-se quando não contemple os seus interesses¹⁸⁴.

Mesmo nos casos em que os *funders* assumam uma abordagem menos intrusiva, estará sempre latente o poder que têm sobre os desígnios do processo, na medida em que se podem negar a disponibilizar capital para certos pagamentos quando não concordem com as escolhas da parte financiada, caso em que esta

¹⁸¹Ethics Committee of the Commercial and Federal Litigation Section of the New York State Bar Association, *Report on the Ethical Implications of Third Party Litigation Funding*, p. 9-10; YEOH, Derric, cit., p. 120; LYON, Jason, cit., p. 603.

¹⁸²Ethics Committee of the Commercial and Federal Litigation Section..., cit., p. 10.

¹⁸³SHAHDADPURI, Khushboo Hashu, cit., p. 84; YEOH, Derric, cit., p. 120.

¹⁸⁴The Association of the Bar of the City of New York – Committee on Professional Ethics, *Formal Opinion 2011-2 Third Party Litigation Financing*, cit., p. 7; BARRINGTON, Louise, cit., p.19.

acabará por ter que ceder¹⁸⁵. A força deste controlo mais dissimulado agravar-se-á quando o acordo de TPF contemple a previsão sobre a possibilidade da sua resolução antecipada pelo *funder*, principalmente se se tratar de uma previsão geral, que lhe permita pôr termo ao acordo de forma quase arbitrária¹⁸⁶.

Todavia, apesar deste cenário totalitarista, nem sempre o exercício de algum controlo pelo *funder* é prejudicial, até porque o seu interesse final de minimizar custos e maximizar o lucro equivale ao interesse do financiado de vencer o litígio. As exigências que o *funder* faça podem culminar em opções estrategicamente viáveis e mais vantajosas para o financiado¹⁸⁷, já para não falar na experiência e conhecimento prático com que o *funder* pode contribuir, estando mais habituado a navegar os meandros do sistema jurídico¹⁸⁸.

Sob outra perspetiva, existem formas de circunscrever o domínio do *funder*, podendo o financiado utilizar o próprio acordo de TPF nesse sentido: podem ficar estipuladas as situações concretas que permitam ao *funder* pôr fim ao acordo de TPF, ou mesmo a medida dos seus poderes decisórios, isto é, em que circunstâncias deliberativas terá um direito de voto ou de veto.

A consagração de códigos de conduta para *funders* - à semelhança do que se fez em Inglaterra¹⁸⁹ - limitando concretamente a intervenção do *funder* nos litígios e a influência que possam exercer na atuação do advogado, é mais uma possibilidade de restrição daquela interferência¹⁹⁰.

Quanto ao próprio advogado, embora a parte consinta numa margem de intervenção do *funder*, deve manter a sua conduta imparcial e a sua autonomia técnica, expondo as suas opiniões fundamentadamente e aconselhando o seu

¹⁸⁵SHAHDADPURI, Khushboo Hashu, cit., p. 84; The Association of the Bar of the City of New York..., cit., p. 7.

¹⁸⁶SHAHDADPURI, Khushboo Hashu, cit., p. 84.

¹⁸⁷LYON, Jason, cit., p. 602; SHAHDADPURI, Khushboo Hashu, cit., p. 86.

¹⁸⁸SHEPHERD, Joanna M., STONE II, Judd E., pp. 933-934; SHAHDADPURI, Khushboo Hashu, cit., pp. 86-87.

¹⁸⁹Cfr. análise em 2.3.

¹⁹⁰LYON, Jason, cit., p. 602-603; YEOH, Derric, cit., p.120.

representado pela melhor forma de salvaguardar os seus interesses, principalmente quando surjam conflitos com o *funder* e mesmo que dele discordando¹⁹¹.

3.3 As Implicações, Especificidades e Problemas do TPF no Processo Arbitral

3.3.1 A Independência e Imparcialidade dos Árbitros

Como vimos, uma das principais críticas apontadas ao TPF está relacionada com a intervenção e controlo pelo *funder* dos próprios litígios. No entanto, é esta uma realidade a que é difícil fugir¹⁹².

Desde logo, no que concerne aos princípios que obrigatoriamente devem pautar a conduta dos árbitros, a simples existência de um *funder* é suficiente para que possam surgir situações que causem dúvidas quanto à sua conduta imparcial e independente. Principalmente no meio da arbitragem, já que “a comunidade arbitral internacional é um mundo pequeno”¹⁹³.

O princípio de que os árbitros devem ser independentes e imparciais é, atualmente, universal na arbitragem¹⁹⁴, estando previsto na grande maioria das leis nacionais e convenções de arbitragem existentes. É este princípio que está na origem do dever de revelação do árbitro¹⁹⁵, que deve dar conta da existência de situações de

¹⁹¹The Association of the Bar of the City of New York..., cit., p. 7; Ethics Committee of the Commercial and Federal Litigation Section..., cit., pp. 10-11; Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, vol. II, p. 2868; FRIGNATI, Valentina, cit., p. 512.

¹⁹²LEITE, António Pinto, cit., p. 108.

¹⁹³FOUCHARD, Phillipe, GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, p. 566; BORN, Gary B., *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, p. 71. As próprias partes podem determinar especiais critérios que os árbitros têm que preencher, o que pode diminuir consideravelmente a *pool* de candidatos.

¹⁹⁴FOUCHARD, Phillipe, GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, cit., p. 566; Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, p. 508-510. No mesmo sentido, cfr. SAHANI, Victoria Shannon, *Judging Third-Party Funding*, p. 428, que faz um elenco da previsão deste princípio nas principais instituições arbitrais internacionais. Da mesma opinião, cfr. PEREIRA, Ricardo Silva, cit. pp. 97-98, defendendo que este é um princípio consagrado inclusivamente no art. 6.º da CEDH e no art. 10.º da DUDH, quando se referem ao direito a que qualquer pessoa tem a ser julgada “por um tribunal independente e imparcial”.

¹⁹⁵ORTSCHEIDT, Jérôme, SERAGLINI, Christophe, *Droit de l'arbitrage interne et international*, p. 238; RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, cit., p. 508-510.

dúvida sobre a sua conduta isenta, quer às partes, quer aos restantes membros do tribunal arbitral.

Aquilo que se entenda por independência e imparcialidade, ainda que com um *core* comum, não é exatamente uniforme entre os autores¹⁹⁶, mas mais difícil será a concretização das situações em que essas características podem ser postas em causa.

De uma forma geral, o que se exige é que o árbitro seja capaz de se manter livre “(...)de preconceitos, predisposições ou afinidades que possam afetar uma decisão justa e imparcial do litígio e que sejam livres de quaisquer relações de natureza pessoal, contratual ou outra, que possam colocar em causa a sua independência”¹⁹⁷. Mas a forma de concretizar esta generalidade vai depender muito do contexto factual e contratual em que as partes estão inseridas e até das determinações que tenham feito em sede de convenção de arbitragem¹⁹⁸. Dependerá também das regras que possam estar consagradas na lei nacional aplicável ou nos instrumentos para que remetam¹⁹⁹.

Não haverá, no entanto, como negar a importância que têm as *IBA Guidelines*, comumente referenciadas a este propósito²⁰⁰. Poder-se-á fazer uso das

¹⁹⁶Cfr. GOUVEIA, Mariana França, cit., p. 204; BORN, Gary B., *International...* vol. I, p. 1775; FOUCHARD, Phillipe, GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, cit., pp. 564-566; ORTSCHIEDT, Jérôme, SERAGLINI, Christophe, cit., pp. 236-237 e 658. Aquela autora entende a independência como a ausência de uma relação entre o árbitro e as partes e a imparcialidade como a ausência de uma relação do árbitro com o objeto do litígio; já os últimos associam a independência com uma situação de facto objetiva, enquanto a imparcialidade se prenderá com uma situação subjetiva, relacionada com um estado mental.

¹⁹⁷PEREIRA, Ricardo Silva, cit. p. 100.

¹⁹⁸BORN, Gary B., *International...*, vol.I, p. 1762.

¹⁹⁹Atentando apenas no ordenamento jurídico português a LAV limita-se a uma previsão geral destes princípios (art. 9.º, n.º 3), mas o Regulamento do CAC já remete para as *IBA Guidelines* (art. 1.º, n.º 3 do CDA).

²⁰⁰BORN, Gary B., *International Arbitration and Forum Selection Agreements...*, p. 73; OSMANOGLU, Burcu, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest*, p. 9; PEREIRA, Ricardo Silva, cit., p. 103; GOUVEIA, Mariana França, cit., pp. 205-206; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, pp. 153-154. Apontam nomeadamente para o uso das *green, orange and red lists* que nelas se contemplam, com situações concretas que podem influenciar a independência e imparcialidade dos árbitros.

suas diretrizes, assim como das análises doutrinárias que vão sendo feitas, para ajudar a clarificar o caso concreto²⁰¹⁻²⁰².

Claro está que, mesmo havendo uma relação entre árbitro e *funder* que possa exigir uma divulgação por parte do árbitro, isso não significa que este esteja automaticamente impedido de exercer as suas funções no âmbito do processo arbitral²⁰³. Apenas significa que o árbitro deve ter o cuidado de dar a conhecer aos restantes intervenientes do processo a existência daquela vicissitude para que decidam da sua importância para a justa resolução do litígio²⁰⁴. O que o árbitro não pode é deixar de cumprir o seu dever de revelação, que toma aqui uma posição fulcral.

É que esta falta para com princípios cruciais da conduta de um árbitro, que se quer tão imaculado quanto possível, põe em risco a válida constituição do tribunal arbitral, mas também a própria validade da sentença arbitral²⁰⁵.

No caso específico do TPF, apesar de o *funder* não ser uma parte no processo arbitral, participa - ainda que com diferentes graus de intensidade - nalgumas das etapas da arbitragem e nalgumas das decisões tomadas. Acaba por ser mais um interveniente no processo, com o qual os árbitros não podem ter qualquer conflito de interesses.

²⁰¹As *guidelines* preveem o interesse económico direto do *funder*, equiparando-o a uma parte em sede de *General Standards*, pelo que, na previsão das situações práticas em que existe um dever de revelação (*green, orange and red lists*) dever-se-á ter essa caracterização em conta.

²⁰²A este propósito outros instrumentos também já tentaram esta concretização, nomeadamente a *Guidance Note for the Disclosure of Conflicts* da ICC. Cfr. OSMANOGLU, Burcu, cit., pp. 4-6; LEITE, António Pinto, cit., pp. 111-112; PEREIRA, Ricardo Silva, cit., pp. 100-110.

²⁰³ORTSCHEIDT, Jérôme, SERAGLINI, Christophe, cit., p.237. A independência é analisada objetivamente, pelo que não é suficiente que exista a relação, ela terá que criar dúvida razoável que ponha em causa a independência do árbitro.

²⁰⁴PEREIRA, Ricardo Silva, cit., p.111; PARK, William W., ROGERS, Catherine A., *Third Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force*, p. 7.

²⁰⁵OSMANOGLU, Burcu, cit., p. 4; ICCA, *Report...*, p. 113-114; FRIGNATI, Valentina, cit., p. 516; GOLDSMITH, Aren, MELCHIONDA, Lorenzo, *Third Party Funding: Toward the Development of an Incremental Methodology for Disclosure.*, p. 349; RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, cit., p. 1288. Como veremos a propósito do capítulo 4, em Portugal, quer a recusa do árbitro, quer a anulação da sentença, são consequências da falta de imparcialidade e independência do árbitro. Noutros instrumentos internacionais existem regras semelhantes quanto à recusa do árbitro, cfr., por exemplo, o art. 14.º das *ICC Arbitration Rules*, o art. 10.º das regras de arbitragem do LCIA ou o art. 14.º das regras sobre arbitragem do ICDR.

Contudo, o cumprimento do dever de revelação que se exige aos árbitros afigura-se difícil se aqueles não conhecem a existência da fonte de conflito, facto muito comum dada a natureza predominantemente confidencial dos acordos de TPF²⁰⁶.

Há sempre a possibilidade de ser o *funder*, o qual será o único interveniente em todo o processo que conhecerá a identidade de todos os restantes, a poder ele próprio avaliar se a sua presença poderá causar conflitos com a independência e imparcialidade dos constituintes do tribunal arbitral²⁰⁷. No entanto, não nos parece ser esta a hipótese mais segura, até porque o dever de revelação impende sobre o árbitro.

Mais profícua poderá ser a consagração de um dever de divulgação também para as partes, mas da existência do acordo de TPF²⁰⁸, o que facilitaria sobremaneira a tarefa de os árbitros cumprirem com o dever que se lhes impõe²⁰⁹. Neste âmbito, a controvérsia gera-se, principalmente, ao nível do conteúdo desse dever de revelação: se deve limitar-se à informação sobre a existência do acordo de TPF, se deve incluir a identidade do *funder* ou se deve ir mais longe e dar a conhecer os termos e o conteúdo do próprio acordo²¹⁰.

²⁰⁶GOLDSMITH, Aren, FLÉCHET, Camille, SCHERER, Maxi, cit., p. 13; PEREIRA, Ricardo Silva, cit., p. 105; ICCA, *Report...*, p. 83; OSMANOGLU, Burcu, cit., p. 7; PARK, William W., ROGERS, Catherine A., cit., p. 7.

²⁰⁷Commission Financement de Procès por les Tiers, *Financement du procès por les tiers - Rapport du club des juristes*, pp. 52-55; GOLDSMITH, Aren, MELCHIONDA, Lorenzo, cit., pp. 350-351.

²⁰⁸Já é referido no *General Standard 7(a)* das *IBA Guidelines*: “A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of any relationship, direct or indirect, (...) between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in (...) the arbitration.”. Decorre igualmente, como referimos anteriormente, do art. 4.º da Resolução Administrativa n.º 18 da CCBC: “A fim de evitar possíveis conflitos de interesse, o CAM-CCBC recomenda às partes que informem a existência de financiamento de terceiro ao CAM-CCBC na primeira oportunidade possível. Na referida informação deverá constar a qualificação completa do financiador.”.

²⁰⁹SHAHDADPURI, Khushboo Hashu, cit., pp. 91-93; OSMANOGLU, Burcu, cit., p. 7; YEOH, Deric, cit., pp. 120-121; LEITE, António Pinto, cit., p. 113; PEREIRA, Ricardo Silva, cit., p. 116; NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit., p. 65; BERTRAND, Edouard, *The Brave New World of Arbitration: Third Party Funding*, pp. 611-612; FRIGNATI, Valentina, cit., p. 521; JÚDICE, José Miguel, cit., p.68.

²¹⁰Os resultados do inquérito levado a cabo pela *School of International Arbitration of the Queen Mary University of London* e *White&Case* (2015), demonstram que cerca de 76% dos inquiridos concordam com a necessidade de se divulgar a existência de um acordo de TPF, enquanto cerca de 63% defendem a necessidade de divulgar a identidade do *funder* (p.48). Cfr. para uma posição equivalente

Perante o peso que os valores da independência e imparcialidade têm na decisão justa do litígio, e tendo em conta que a informação sobre a existência do acordo de TPF permitiria uma maior segurança na garantia daqueles valores, parece-nos que é de aceitar a premissa de um dever de revelação para as partes. Porém, uma divulgação da existência do acordo e da identidade do *funder* seriam bastantes, já que são dados suficientes para que o árbitro possa aferir da existência de conflitos de interesse que possam vir a causar problemas.

3.3.2 Confidencialidade

A flexibilidade do processo arbitral torna-o num processo mais atrativo para aqueles que precisem de resolver um litígio, já que lhe permite uma adaptação às necessidades das partes em litígio²¹¹.

Podem, assim, as partes prever em sede de convenção de arbitragem uma cláusula de confidencialidade²¹² que lhes garanta, não só que todas as suas informações, quer pessoais, quer relacionais, estão salvaguardadas, mas também que o próprio processo arbitral é mantido entre os seus intervenientes: as audiências são realizadas à porta fechada e as peças processuais (e respetivos documentos) circulam apenas entre o tribunal e os litigantes e respetivos representantes.

Quanto a manter a sentença arbitral confidencial, essa é uma promessa mais difícil de cumprir, já que a conjuntura que lhe pode estar associada poderá exigir a

OSMANOGLU, Burcu, cit, pp. 8-9; YEOH, Derric, cit., pp. 120-121; LARKIMO, Nika, MCDUGALL, Andrew de Lotbinière, TIMONEN, Tuuli, cit., p. 11; CAIVANO, Roque J., cit.; GOLDSMITH, Aren, MELCHIONDA, Lorenzo, cit., pp. 342-343; JÚDICE, José Miguel, cit., p.68.

²¹¹BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine, REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, p. 30; RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, cit., pp. 83-84; MONTEIRO, António Pedro Pinto, cit., p. 209; SILVA, Artur Flaminio da, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*, pp. 339-340. Cerca de 38% dos inquiridos no inquérito levado a cabo pela *School of International Arbitration of the Queen Mary University of London* e *White & Carter* (2015) entende a flexibilidade do processo como uma das três principais vantagens da arbitragem (p. 6).

²¹²BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine, REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, cit., pp. 124-125; GOELER, Jonas von, cit., pp. 294-296; SILVA, Artur Flaminio da, cit., p. 340.

intervenção de um tribunal judicial, que deixa de poder garantir um sigilo tão apertado²¹³.

Ainda assim, a confidencialidade é algo que as partes procuram na arbitragem, principalmente quando estejam em causa segredos comerciais, discussões sobre patentes ou simplesmente litígios que tiveram origem numa má decisão comercial que as entidades não querem publicitar²¹⁴.

É para este cenário idílico que o TPF pode trazer algumas nuvens negras, porque com ele traz a possibilidade de um terceiro poder ter acesso a toda a informação pertinente ao litígio e às partes nele envolvidas, muitas das vezes, à revelia do tribunal arbitral e da parte contrária, uma vez que podem não conhecer da sua existência. Esta atuação pode consubstanciar uma violação do dever de confidencialidade a que a parte financiada estaria obrigada em sede de convenção de arbitragem²¹⁵.

O acesso a informação pelo *funder* começa ainda antes da celebração do próprio acordo de financiamento, já que aquele exigirá ter acesso a certo tipo de informações que lhe permitam, ainda antes da decisão de investir, uma análise do litígio, das partes e da probabilidade de sucesso da posição adotada²¹⁶.

Havendo um acordo de TPF já celebrado, a quantidade e qualidade das informações que serão dadas a conhecer ao *funder* dependerão do tipo de TPF que estiver em causa: se estamos perante um *funder hands on*, este quererá acesso a tudo o que estiver relacionado com o litígio, incluindo os documentos que possam reger a relação entre os litigantes e as peças processuais que vão surgindo no processo, até

²¹³Gary B., *International Arbitration and Forum Selection Agreements...*, p. 11; RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, cit., p. 624 e 1189. Serão os casos em que se queira executar ou impugnar a sentença, por exemplo.

²¹⁴ORTSCHEIDT, Jérôme, SERAGLINI, Christophe, cit., p. 53; BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine, REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, cit., p. 30; BARRINGTON, Louise, cit., p. 19; JÚDICE, José Miguel, cit., p. 67; MONTEIRO, António Pedro Pinto, cit., pp. 217-219.

²¹⁵GOELER, Jonas von, cit., p.299; GOELER, Jonas von, *Show Me Your Case and I'll Show You the Money – How to Balance Conflicts Between Third Party Funding and Confidentiality in Arbitration Proceedings*. Em conflito estão dois deveres contratuais para a parte: o dever de confidencialidade para com o processo arbitral, que resulta da convenção de arbitragem, e um dever de confidencialidade para com o *funder*, que resulta do acordo de TPF.

²¹⁶Cfr. Análise do ponto 3.1.2.

porque quererá tomar decisões e intervir na delineação da estratégia processual; já se estivermos perante um *funder hands off*, o *funder* poderá limitar-se a esporádicos pedidos de informação sobre o andamento do processo ou então a conhecer simplesmente o resultado final para garantir que recebe aquilo que ficou acordado.

Mas mesmo aquele acesso reduzido sempre causará distúrbios. Principalmente, como acima alertámos, se os restantes litigantes não tiverem conhecimento da existência do *funder*, o que significa que não deram consentimento para que aquele tivesse acesso às suas informações confidenciais: o litigante contrário revelará informações sigilosas, seguro do dever de confidencialidade que impedirá sobre a parte contrária e sobre os árbitros nomeados, mas se tivesse conhecimento da existência da intervenção do *funder* provavelmente não o faria, não confiando na conduta de alguém que não se obrigou diretamente para consigo²¹⁷.

Não obstante, afiguram-se como possíveis alguns cenários de prevenção e contenção dos distúrbios no dever de confidencialidade em sede de processo arbitral.

Desde logo, o *funder* terá, em princípio, um dever de confidencialidade para com a parte financiada, decorrente do acordo de TPF, o que assegura alguma margem de garantia numa conduta sigilosa da sua parte, nem que seja pelo receio de vir a ser responsabilizado nessa sede.

Para além disso, o dever de confidencialidade para as partes na arbitragem, mesmo quando convencionado, não é absoluto, ainda que as situações em que se preveja a possibilidade da sua quebra estejam relacionadas com o choque com outros interesses²¹⁸. No caso do TPF, sempre se poderia dizer que a parte deve prestar aquelas informações ao *funder* porque ele tem um interesse legítimo de monitorização do processo arbitral, tal como a parte necessitará de dar conta aos

²¹⁷BERTRAND, Edouard, cit., pp. 612-613.

²¹⁸CAIVANO, Roque J., cit.; RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, cit., p. 616. Por exemplo, quando existam obrigações de reporte a entidades externas, obrigações que decorram de outros deveres contratuais para a parte ou até em casos em que esteja em causa um ato ilícito que seja necessário reportar às autoridades.

seus sócios e auditores²¹⁹; por outro lado, é uma forma de salvaguarda dos próprios interesses da parte que tem necessidade de prosseguir com o processo arbitral e só o poderá fazer se tiver acesso a financiamento, que lhe impõe a divulgação de informações confidenciais²²⁰.

Uma das alternativas mais óbvias seria, portanto, a previsão de legislação pertinente à confidencialidade no processo arbitral que inclua exceções determinadas, uma das quais seria a divulgação de informações confidenciais a *third party funders* que venham a contratar com uma das partes²²¹. Von Goeler entende, contudo, que esta previsão uniformizadora não é a mais vantajosa, pois as partes podem exigir diferentes níveis de confidencialidade, dependendo do caso concreto²²².

Por conseguinte, a previsão de disposições nesse sentido na contratualização referente à arbitragem que seja feita pelas partes será, porventura, mais benéfica: quando o TPF seja acordado em momento anterior ao início do litígio, na própria convenção de arbitragem, pode ser integrada uma disposição que permita a divulgação de informações a *funders* que venham a contratar com qualquer uma das partes; outra das opções, mais atrativa para os casos em que o financiamento surge quando o processo arbitral já está a decorrer, seria a celebração de um acordo de confidencialidade entre o *funder* e as partes litigantes, garantindo assim uma obrigação contratual de confidencialidade do *funder* também com a parte contrária no litígio²²³.

²¹⁹CAIVANO, Roque J., cit.; GOELER, Jonas von, cit., pp. 302-305.

²²⁰GOELER, Jonas von, cit., pp. 302-305; CAIVANO, Roque J., cit..

²²¹Tal como se previu em Hong Kong – cfr. análise em 2.7.

²²²GOELER, Jonas von, cit., p. 311.

²²³GOELER, Jonas von, cit., p. 311-312; BERTRAND, Edouard, cit., pp. 612-613. De notar que, nestes casos, seria necessário que a existência do *funder* fosse divulgada.

3.4 Deve o TPF ser regulado?

Face às desvantagens, bem como às especificidades e problemas que o TPF é suscetível de levantar na arbitragem, duas questões inevitavelmente se colocam: deve o TPF ser regulado? E se sim, como?

Ao longo deste estudo, já nos referimos à necessidade de delimitar algumas soluções e regras para combater os problemas que a aplicação do TPF frequentemente levanta. No entanto, a hipótese de uma regulamentação séria e completa do instituto merece mais atenção.

Um estabelecimento de regras eficiente sobre o TPF na arbitragem terá sempre de assegurar a proteção dos potenciais financiados que, dada a sua situação de necessidade, estão mais sujeitos a abusos, ao mesmo tempo que garante o respeito pelos princípios que regem o processo arbitral. Porém, não pode descurar a posição dos *funders*, pelo que terá que evitar a previsão excessiva de normativos que condicionem prejudicialmente a sua atividade.

A carência de uma regulação do TPF, principalmente ao nível da arbitragem, parece ser óbvia para os praticantes e utilizadores deste meio RAL. No estudo orientado pela *School of International Arbitration of the Queen Mary University of London* e pela *White&Case*, a que já nos referimos anteriormente, quando indagados diretamente sobre a regulação do TPF cerca de 71% dos inquiridos opinaram no sentido de que deveria ser regulado²²⁴. Mesmo os académicos que refletem sobre esta problemática acabam por concluir pela necessidade de regulação²²⁵.

Assentindo na carência de regulação, as opiniões dividem-se depois sobre qual a melhor maneira de o fazer. Contudo, ao nível da arbitragem comercial interna já foram sendo tomadas opções eficazes, as quais poderiam ser reproduzidas por outros ordenamentos jurídicos ou pelos próprios centros de arbitragem.

²²⁴ *School of International Arbitration...* e *White&Case* (2015), cit., p. 47.

²²⁵ GOELER, Jonas von, cit., pp. 118-119; SHAHDADPURI, Khushboo Hashu, cit., p. 106, BOULLE, Thibault De, cit., p. 102.

Dos inquiridos no estudo que supra referimos, a maioria (58%) defende a criação de *guidelines* e *soft law* ou a criação de códigos de conduta que supervisionem o comportamento dos *funders* (29%), arguindo ainda que a regulamentação do TPF deve cingir-se a alguns dos problemas específicos que levanta e não a uma previsão de um regime extensivo sobre o mesmo²²⁶.

A alternativa a que é reconhecida mais mérito é o Código de Conduta da ALF aplicado na Inglaterra²²⁷, do qual se destaca a consagração de princípios de conduta e boas práticas que os *funders* respeitarão quando se vinculam à ALF²²⁸, nomeadamente sobre os limites de ingerência do *funder* quer no processo, quer na atuação do advogado, assim como a delimitação das situações em que o *funder* poderá colocar um fim ao acordo. Acrescente-se que a própria ALF é constituída por *funders*, que têm bem patente a necessidade de evitar os excessos de regulamentação, mas também de garantir segurança na sua atividade²²⁹. É, no entanto, de adesão voluntária e a supervisão das condutas é realizada pela ALF, o que pode gerar desconfiças em relação à sua imparcialidade.

Já em Hong Kong e Singapura, onde se deram os mais recentes avanços em matéria de TPF²³⁰, foi feita a opção pela legislação expressa do instituto, de onde resultou, não só uma definição do âmbito de aplicação do TPF, mas ainda algumas normas que resolvem alguns dos problemas que o TPF origina no processo arbitral. Foi ainda prevista uma autorização para a criação de códigos de conduta que venham regulamentar outras situações de conflito na sua aplicação.

²²⁶*School of International Arbitration... e White & Carter* (2015), cit., p. 47. No mesmo sentido, GOELER, Jonas von., cit., p. 117.

²²⁷Born, Gary B., *International...* vol II, p. 2868; SHAHDADPURI, Khushboo Hashu, cit., pp. 103-104; BOULLE, Thibault De, cit., pp. 95-101.

²²⁸GOELER, Jonas von, cit., pp. 106-108; BOULLE, Thibault De, cit., pp. 98-100. Cfr. análise em 2.3.

²²⁹SHAHDADPURI, Khushboo Hashu, cit., p.104.

²³⁰A poucos dias da finalização deste trabalho, surgiram notícias sobre a permissão do TPF para processos arbitrais na Nigéria, através de uma iniciativa legislativa no seio da lei arbitral, nomeadamente na Kluwer Arbitration Blog, num *post* de 07/06/2018, disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/07/tbc-2/?print=pdf>

Mas iniciativas legislativas deste tipo são criticadas²³¹, uma vez que se pretende uma maior flexibilidade na aplicação do TPF, que permita abarcar as diversas modalidades que pode adotar, assim como as especificidades de cada caso concreto.

No fundo, não há como negar a existência da falta de regulação do TPF, pelo que nos juntamos às vozes que apelam à sua necessidade para resolver os vários problemas que cria no normal funcionamento dos processos, principalmente na arbitragem que se quer célere e simplificada.

Embora possamos congratular o trabalho dos tribunais e da *soft law* em matéria de soluções criadas ao nível do TPF, cria-se demasiada insegurança na sua aplicação, uma vez que as partes ficarão na incerteza de que regime lhes será aplicável. Algo que, aliás, pode acabar por desincentivar a sua utilização, pelo receio de corrompimento do processo que culmine na anulação de uma sentença.

Para tal, cremos que uma regulação eficiente para o TPF deve ser feita a dois tempos: (i) proceder a uma iniciativa legislativa, ainda que sujeita a algumas vozes discordantes, é a melhor maneira de impor uma uniformização abrangente na aplicação desta ferramenta, quer no que toca ao seu âmbito de definição, quer naquilo que concerne os principais desafios que a sua aplicação pode originar²³², já que para legislar um regime para o TPF, será necessário analisar o que já existe e com isso conciliar o que de novo se queira trazer; (ii) em segundo lugar, será importante criar uma cultura de precaução na redação dos acordos de financiamento, na medida em que deles devem constar cláusulas que antevejam conflitos que podem surgir e se preocupem com a sua resolução prática²³³.

²³¹Krestin, Marc, Mulder, Rebecca, *Third-Party Funding in International Arbitration: To Regulate Or Not Regulate?*.

²³²Aqui se determinariam normas sobre matérias como confidencialidade do processo arbitral e um dever de revelação da existência do acordo de TPF, por exemplo.

²³³Já nesta sede, aquilo que se pretenderia é que as partes se debruçassem sobre os problemas mais determinados, como as situações em que o *funder* pudesse pôr fim ao processo, a possibilidade de ser responsável por custas da parte contrária ou até a determinação dos limites da ingerência do *funder* no processo.

Aliando a previsão geral de soluções para os principais problemas criados pelo TPF, com o cuidado que as partes no acordo tenham na antevisão de conflitos que possam surgir entre si, o resultado será um regime seguro e que proteja todos os intervenientes de um processo em que se recorra ao TPF, mas que ao mesmo tempo concede liberdade às partes para acautelarem as específicas dificuldades que o seu caso concreto possa originar.

Aos olhos da comunidade arbitral, um ordenamento jurídico que preveja e regule o TPF, aproveita a facilidade no acesso à Justiça que ele permite, compatibilizando a sua aplicação com o processo arbitral e garantindo a segurança na sua aplicação, o que o torna num lugar cheio de vantagens para situar a arbitragem.

4. *Third Party Funding*: Uma miragem no Ordenamento Português?

4.1 Generalidades

Em Portugal, o TPF é ainda uma realidade que não está difundida no nosso ordenamento jurídico. Nem tampouco é do conhecimento das empresas que provavelmente precisariam de lhe recorrer - de destacar, nomeadamente, as PME's²³⁴, que se veem muitas vezes a braços com litígios que, facilmente, podem ascender a valores para além da sua capacidade financeira.

É também pouco discutido pelos aplicadores do Direito, ainda que, na doutrina alguns autores já lhe tenham dado uma certa atenção, numa tentativa de alertar para a viabilidade deste instituto²³⁵. Por outro lado, não se conhece nenhuma sentença de tribunais portugueses neste sentido²³⁶, nem qualquer tipo de iniciativa legislativa que pretenda prever a regulação deste instrumento.

Na verdade, a realidade mais próxima do TPF que existe em Portugal são os seguros, na modalidade conhecida como *BTE insurance*, principalmente para casos de responsabilidade civil em sede de acidentes de viação²³⁷.

Existe, deste modo, espaço para que o TPF possa desenvolver-se em território português, uma vez que é um nicho de mercado por explorar e que poderia vir facilitar o acesso à justiça, principalmente aos meios privados de resolução de litígios.

²³⁴ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, *in* PERRIN, Leslie (coord.), *The Third Party Litigation Funding Law Review – Portugal*, p. 123.

²³⁵HENRIQUES, Duarte Gorjão, cit.; PEREIRA, Ricardo Silva, cit.; LEITE, António Pinto, cit..

²³⁶ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, *in* PERRIN, Leslie (coord.) cit., p. 113.

²³⁷ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, *in* PERRIN, Leslie (coord.), cit., p. 112; HENRIQUES, Duarte Gorjão, cit., p. 613. Relembrando a definição que defendemos no capítulo 1, este tipo de financiamento de litígios não consubstanciará o verdadeiro TPF, uma vez que, ainda que exista uma disponibilização de capital por um terceiro para financiar um litígio, essa disponibilização não terá uma contrapartida remuneratória dependente do resultado do litígio. As seguradoras limitar-se-ão a cobrir as custas processuais e honorários de advogados até ao limite da apólice, sem mais intervenção no processo e sem mais contrapartidas.

Mesmo existindo, atualmente, um mecanismo de acesso ao Direito e aos tribunais já implementado e que garante apoio judiciário aos cidadãos que careçam dos meios económicos próprios para recorrer à Justiça²³⁸, no que concerne os tribunais arbitrais a proteção nele prevista é seletiva, prevendo expressamente as estruturas de resolução alternativa de litígios que caberão dentro do âmbito da sua aplicação²³⁹.

Se a isso aliarmos o facto de a arbitragem consubstanciar um meio de resolução de litígios que é mais atrativo para a resolução célere de conflitos, mas que acaba por incidir sobre litígios com valores elevados, principalmente se pensarmos no âmbito de arbitragens internacionais²⁴⁰, a permissão do TPF em território português pode ser útil ao nível da arbitragem. De facto, para o *funder* é até mais aliciante: quer o valor da sua retribuição quer a rapidez com que a recebe, serão proporcionais ao valor da causa e à celeridade da sua resolução.

No entanto, a sua implementação exigirá sempre uma adaptação ao ordenamento jurídico, nomeadamente aos princípios gerais que o regem. Vislumbra-se, desde logo, uma facilidade nessa implementação: as proibições de *maintenance* e *champerty* nunca fizeram parte do sistema legal português, pelo que esse obstáculo, à partida, não se coloca²⁴¹.

Em seguida, apresentamos algumas das vicissitudes a ter em conta no ordenamento jurídico português perante a possibilidade de nele se regular o TPF.

²³⁸Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, que prevê a Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais, e a Portaria n.º 10/2008, de 3 de Janeiro, na sua redação atual (alterada pela última vez pela Portaria n.º 319/2011, de 30 de Dezembro), que a regulamenta.

²³⁹No que concerne os meios RAL, apenas é garantido pelo regime de acesso ao Direito e aos Tribunais, o apoio judiciário, nos termos do art. 16.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, e apenas para as estruturas de resolução alternativa de litígios previstas no art. 9.º e no Anexo à Portaria n.º 10/2008, de 3 de Janeiro.

²⁴⁰PEREIRA, Ricardo Silva, cit., p. 88.

²⁴¹ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, *in* PERRIN, Leslie (coord.) cit., pp. 113-114.

4.2 Vicissitudes do Ordenamento Português

4.2.1 Os Deveres Deontológicos do Advogado

Tendo em conta que o TPF como o entendemos não se coaduna com os pactos de *quota litis*²⁴²⁻²⁴³, a proibição que vigora no art. 106.º do EOA de celebração desses pactos não será um obstáculo²⁴⁴.

Alertamos, no entanto, que considerando a possibilidade da regulamentação do TPF com uma definição mais lata, que abarque a possibilidade destes acordos entre advogado e cliente, a proibição que decorre do art. 106.º do EOA²⁴⁵ seria um entrave forte a essa determinação. Pelo que, aquando da implementação deste instituto em Portugal, principalmente no que concerne a sua delimitação, este será um ponto a ter em conta.

Ainda que aquele obstáculo se retire do caminho, perante um acordo de TPF que permita uma intervenção ativa do *funder* nos desígnios do litígio e na estratégia processual a delinear, surgem ainda alguns conflitos que podem influenciar a conduta do advogado.

²⁴²Nos termos do ponto 3.3.2 do CDAE, o pacto de *quota litis* consiste no “ (...)acordo entre o advogado e o seu cliente, antes da conclusão definitiva da questão em que este é parte, através do qual o cliente se compromete a entregar ao advogado uma parte do resultado que vier a obter, independentemente do resultado corresponder a uma soma em dinheiro ou a qualquer outro bem ou valor.”.

²⁴³Os pactos de *quota litis* são celebrados entre representado e advogado, pelo que, ainda que a remuneração do advogado ficasse dependente do sucesso da causa, sempre se estaria perante um financiador que não é um verdadeiro terceiro ao litígio, uma vez que intervém na causa em representação de um dos litigantes.

²⁴⁴Com este entendimento, HENRIQUES, Duarte Gorjão, cit., pp. 616-617. Ainda que este autor admita que o regime da representação e do mandato forense levam a que se considere o representante e o representado como uma só entidade, pelo que aquele nunca seria um terceiro.

²⁴⁵O art. 106.º, n.º 1 do EOA consagra uma proibição perentória dos pactos de *quota litis*, os quais entende como qualquer “(...)acordo celebrado entre o advogado e o seu cliente, antes da conclusão definitiva da questão em que este é parte, pelo qual o direito a honorários fique exclusivamente dependente do resultado obtido na questão e em virtude do qual o constituinte se obrigue a pagar ao advogado parte do resultado que vier a obter, quer este consista numa quantia em dinheiro, quer em qualquer outro bem ou valor.” (n.º 2). Ressalva, no entanto, no seu n.º 3, alguns casos que não cabem naquela proibição, de que serão exemplo os acordos que determinem a atribuição de uma majoração dos honorários devidos ao advogado em função do resultado obtido (ou *success fees*). Sobre o âmbito da proibição de *quota litis*, que já foi discutido na Jurisprudência, cfr. o Ac. STJ de 29/09/2009 (relator Fonseca Ramos, proc. n.º 6458/04.1TVLSB.S1) e o Ac. STJ de 29/09/2004 (relator Azevedo Ramos, proc. n.º 04A2411).

Admita-se, por exemplo, um caso em que há uma discordância do *funder* com o representado na deliberação da estratégia a adotar e ambos transmitem ao advogado diferentes instruções. Pode levantar-se a questão sobre que instruções deve o advogado pôr em prática.

A conduta do advogado está sempre sujeita ao respeito pelas normas que resultam do EOA, o qual determina, como um dos princípios gerais que impede sobre a sua atuação, que aquele defende os interesses e direitos que lhe são confiados com plena autonomia técnica, de forma isenta e independente²⁴⁶. Ou seja, em primeiro lugar, o advogado atua para garantir a defesa dos direitos e interesses do seu representado²⁴⁷.

O *funder*, ainda que tenha disponibilizado capital para o mesmo fim, tem um interesse na causa de maximizar a sua margem de lucro com o investimento que realizou, o que muitas vezes não equivale à melhor defesa dos interesses do litigante.

Para além disso, não nos esqueçamos que o acordo de TPF será celebrado entre o *funder* e o litigante, o que significa que o advogado que representa a parte em litígio não tem qualquer dever contratual para com o *funder*. Mesmo que seja este que lhe pague diretamente os seus honorários, sempre se dirá que o faz em nome e por conta do litigante.

Destaque-se ainda que o advogado não se deve deixar influenciar pelos seus próprios interesses²⁴⁸, nem ceder a pressões de entidades externas²⁴⁹, incluindo aqui as do *funder*.

Assim, não poderá o financiador influenciar ou constranger o advogado a atuar tendo como prioridade as suas orientações. A prioridade do advogado será sempre a garantia da melhor defesa dos interesses e direitos do seu cliente, pelo que acatará as suas orientações, com respeito pelos limites da autonomia técnica e

²⁴⁶Art. 81.º, n.º 1 do EOA.

²⁴⁷Art. 97.º do EOA e ponto 2.7 do CDAE.

²⁴⁸Com o intuito de agradar ao *funder* e daí obter alguma vantagem, poderia o advogado sentir-se aliciado a cumprir com o que lhe é exigido pelo *funder*.

²⁴⁹Art. 89.º do EOA e Ponto 2.1.1, 1.ª parte do CDAE.

independência que lhe incumbem²⁵⁰. Mas não se lhe é exigido que faça o mesmo em relação ao *funder*.

Por outro lado, importa ainda ter em conta a obrigação de confidencialidade a que está sujeito o advogado quanto às informações e documentos que lhe são dados a conhecer pelo cliente, tendo em conta a intervenção de um *funder* que poderá vir a exigir ter acesso suficiente para promover uma *due diligence* sobre o mérito da causa.

O art. 92.º do EOA é, a este respeito, bem claro: o advogado deve manter segredo sobre as informações, factos e documentos que lhe sejam cometidos pelo cliente²⁵¹. “É, portanto, questionável não só que o advogado seja obrigado a transmitir informações ao financiador mas também que o possa fazer”²⁵².

Desde logo, estando aqui consagrada uma obrigação de sigilo para o advogado, seria de exigir, no mínimo, o consentimento expresso do representado para permitir a revelação²⁵³.

O EOA estatui, no entanto, alguns requisitos especiais para a quebra do sigilo profissional pelo advogado²⁵⁴, a saber: a revelação dos factos confidenciais tem que ser absolutamente necessária para “(...) a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes

²⁵⁰Art. 81.º, n.º 4 do EOA e Ponto 2.1.1, 2.ª parte do CDAE.

²⁵¹Art. 92.º, n.ºs 1 e 4.

²⁵²HENRIQUES, Duarte Gorjão, cit., p. 618.

²⁵³Nos termos gerais do art. 340.º do CC, o consentimento do lesado pode obstar à ilicitude do ato, o que determinaria a exclusão da responsabilidade civil do advogado quando revela informações confidenciais a terceiro, que, de alguma forma, gerem danos para o representado. Para além das consequências civis, a quebra de segredo constitui ainda conduta criminosa, nos termos dos arts. 195.º e 196.º do CP, a qual só será punível caso a revelação do segredo seja feita sem consentimento. Sobre a violação de segredo como tipo penal cfr. as anotações de ANDRADE, Manuel da Costa *in* DIAS, Jorge Figueiredo (coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, pp. 1116 e seguintes.

²⁵⁴ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, *in* PERRIN, Leslie (coord.) cit., p. 116. Estes autores entendem a aplicação destas determinações, pelo menos nos casos em que não haja um consentimento do representado que permita aquela divulgação.

mediante prévia autorização do presidente do conselho regional respetivo, com recurso para o bastonário, nos termos previstos no respetivo regulamento”²⁵⁵.

A *ratio* por detrás destas exigências está na natureza social da função do advogado. Considera-se que, ainda que o dever de sigilo tenha um fundo contratual (pela relação que se estabelece entre advogado e cliente), reveste-se também de um carácter social e de ordem pública: “O segredo profissional, sendo radicalmente um dever para com o cliente, já que sem ele seria impossível o estabelecimento da relação de confiança, resulta também de um compromisso da Advocacia com a sociedade. Na verdade, a função social desempenhada pelos Advogados implica, para além da independência e isenção, o reconhecimento do seu papel como confidentes necessários”²⁵⁶.

Ainda que se possa aferir como discutível a aplicação desta norma ao caso concreto do TPF, que traria um acréscimo de processos de dispensa de sigilo profissional considerável, sempre será necessária uma harmonização da sua existência com uma que se venha a regulamentar em sede de TPF.

Poderá, mesmo assim, concluir-se que não está na disposição do advogado, decidir unilateralmente pelas informações que prestará ao *funder*.

Sobre o advogado não impede qualquer obrigação para com o *funder*, até porque não existe uma relação estabelecida entre os dois, pelo que mesmo que aquele lho exija, o advogado não tem qualquer dever de cumprir essa solicitação. Por outro lado, ainda que essa cedência informativa seja feita para garantir o financiamento, portanto, no interesse do representado, precisará o advogado de um consentimento expresso para agir dessa forma²⁵⁷. Consentimento esse que se quer, para além de expresso, esclarecido. Deste modo, à semelhança de outros

²⁵⁵Art. 92.º, n.º 4 do EOA, cuja regulamentação dos pedidos está prevista no Regulamento da Ordem dos Advogados n.º 94/2006, de 25 de Maio.

²⁵⁶MAGALHÃES, Fernando Sousa de, *Estatuto da Ordem dos Advogados, Anotado e Comentado*, p.127, referente às anotações do então art. 87.º do EOA em vigor em 2010, que corresponde hoje ao art. 92.º do EOA, revisto em 2015.

²⁵⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *in* DIAS, Jorge Figueiredo, cit., p. 1145. A este propósito, o autor refere expressamente que: “A autonomia e a liberdade do portador do segredo, em que radica a validade e eficácia do consentimento, prevalece sobre a “melhor” gestão dos seus interesses”.

ordenamentos jurídicos, deverá o advogado esclarecer o seu representado para os riscos de permitir a revelação dessas informações e documentos a um terceiro²⁵⁸.

A este respeito, importa ter presente que o dever de confidencialidade que recai sobre o *funder*, quanto aos elementos que com ele sejam partilhados, terá simplesmente fonte obrigacional²⁵⁹, o que significa que poderá o tribunal ordenar a um *funder*, ainda que terceiro à causa, que divulgue documentos que estejam na sua posse e que possam ser determinantes para a decisão da causa²⁶⁰.

Desta forma, poderão elementos confidenciais, que estariam protegidos pelo privilégio de confidencialidade entre advogado-cliente, ser obtidos pelo tribunal através do terceiro financiador, que não se poderá opor àquela revelação, uma vez que aquele privilégio não se lhe estende²⁶¹.

4.2.2 A Proibição Geral da Usura

A remuneração do *funder* será um dos elementos principais do acordo de financiamento que virá a vigorar em sede de relações de TPF, pois, mesmo que esteja dependente do resultado da causa (o que pode dificultar a previsão de um valor determinado), ela terá que ser, pelo menos, determinável.

O princípio geral de proibição da usura que vigora no nosso ordenamento jurídico está previsto no art. 282.º do CC e tornar-se-á na principal bitola da determinação daquela remuneração.

²⁵⁸Não resulta expressamente do EOA nenhum dever neste sentido, ainda que, interpretando extensivamente o preceito, se possa reconduzir aos outros deveres na relação com o cliente que resultam do art. 100.º, nomeadamente, o dever geral de estudar e tratar com zelo as questões que lhe são colocadas (n.º3).

²⁵⁹O dever de confidencialidade para o *funder* decorrerá do contrato de financiamento, que provisionar nesse sentido.

²⁶⁰O art. 432.º do CPC permite à parte requerer ao tribunal que notifique um terceiro, o qual tenha posse de documento que pode interessar aos factos em discussão, que proceda à sua entrega junto da secretaria, tornando-o num elemento de prova admissível; por outro lado, o art. 38.º da LAV permite que a parte, com prévia autorização do tribunal arbitral, possa requerer ao tribunal estadual competente que a prova em posse de terceiro que seja necessária à decisão da causa seja produzida perante este tribunal para que seja admitida depois em sede de decisão arbitral.

²⁶¹Neste sentido, cfr. ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, *in* PERRIN, Leslie (coord.), cit., p. 116.

Para os negócios jurídicos através dos quais se explore uma situação de necessidade ou inexperiência de uma pessoa²⁶² (aproveitamento esse que vise a obtenção de benefícios excessivos ou injustificados para uma das partes no negócio ou para terceiro²⁶³) a lei consagra o vício da anulabilidade²⁶⁴⁻²⁶⁵.

Ainda que assim não se verifique em todos os casos, um litigante que recorra a um financiador para custear as despesas com um litígio encontrar-se-á numa situação de necessidade, na medida em que poderá estar em causa a sua capacidade para dar provimento ao andamento do processo. E o *funder* poderá aproveitar-se dessa fragilidade para propor um negócio que lhe conceda uma retribuição mais alta.

O problema adensa-se se pensarmos numa empresa em estado quase falimentar que recorra ao TPF, caso em que a situação de necessidade se torna mais evidente²⁶⁶.

Assim, aquando da previsão da remuneração que será devida ao *funder*, as partes no acordo de financiamento deverão, logo a montante, acautelar esta possibilidade, acordando numa remuneração que, à luz do caso concreto, não se afigure excessiva e que esteja protegida, na hipótese de vir a ser arguida a sua anulabilidade²⁶⁷⁻²⁶⁸.

²⁶²Para aprofundamento destes conceitos indeterminados cfr. FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 245-247. No caso do TPF, poderá estar em causa, principalmente, a inexperiência da parte financiada.

²⁶³LIMA, Pires de, VARELA, João M. Antunes, *Código Civil Anotado*, pp. 259- 261; NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, pp. 220-221; FERNANDES, Luís Carvalho, cit., p. 245. Este último ensina que, para que o negócio seja usurário, tem que existir uma situação de inferioridade do declarante, a obtenção de um benefício excessivo ou injustificado e a intenção ou consciência do aproveitamento da inferioridade pelo declaratório.

²⁶⁴Art. 282.º, n.º1 CC.

²⁶⁵Art 283.º do CC. Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, pp. 500-501; FERNANDES, Luís Carvalho, cit., p. 251. Nos termos do art. 283.º do CC, ao invés de ser arguida a anulabilidade do negócio usurário, poderá ser requerida, por qualquer das partes, a modificação do negócio, através de um juízo de equidade, o que pode significar que bastará a devolução pelo usurário do benefício excessivo ou injustificado de que se aproveitou.

²⁶⁶ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, in PERRIN, Leslie (coord.), cit., p. 116.

²⁶⁷CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, pp. 500-501. A anulabilidade, nos termos gerais previstos no art. 287.º do CC, poderá ser arguida pela parte que é prejudicada no negócio jurídico, dentro do prazo de um ano à cessação do vício que lhe serve de fundamento (n.º 1), ou a todo o tempo, no caso em que o negócio ainda não esteja cumprido (n.º 2). A invocação da usura

Esta proibição geral da usura é característica do ordenamento jurídico português. Ainda que se preveja expressamente a situação de juros usurários²⁶⁹, o legislador optou por proteger todos os negócios que pudessem estar sujeitos àquele perigo²⁷⁰.

4.2.3 A Natureza do Acordo de Financiamento: Associação em Participação?

Não existindo uma previsão do instituto do TPF, não poderá, está claro, existir um contrato nominado e tipificado que o determine na lei. Aliás, as várias modalidades que o TPF pode assumir, acabam por dificultar essa tarefa.

Isso não invalida, no entanto, que se postule a sua contratualização mediante tipos contratuais já existentes no ordenamento jurídico português. “Porque o *third party funding* é variado e um contrato atípico, para corretamente entendê-lo, terá que se encontrar e usar o contrato tipificado que lhe seja mais similar”²⁷¹.

António Pinto Leite avança com a possibilidade de considerarmos, pelo menos no que concerne ao TPF que conta com um *funder hands on*²⁷², a sua contratualização através da figura da associação em participação²⁷³.

Esta figura está prevista no D.L. n.º 231/81, de 28 de Julho (daqui em diante apenas D.L. n.º 231/81), sendo por ele definida como a associação de uma pessoa

em juízo não é comum, pelos problemas de prova que acarreta, mas ainda assim, não deixa de ser uma arma à disposição do financiado que se veja lesado.

²⁶⁸HENRIQUES, Duarte Gorjão, cit., p. 620. O financiado que venha arguir a anulabilidade deve ser cauteloso, uma vez que poderá pôr em causa o princípio da boa-fé contratual, se vier alegar esta excessividade para se furtar ao pagamento devido ao *funder*.

²⁶⁹Art. 559.º-A, o qual remete para o art. 1146.º, ambos do CC.

²⁷⁰LIMA, Pires de, VARELA, João M. Antunes, cit., p. 261; FERNANDES, Luís Carvalho, cit., pp. 252-253; NETO, Abílio, cit., pp. 220-221; CORDEIRO, António Menezes, cit., pp. 500-501. O regime do negócio usurário é hoje um regime autónomo ao regime dos juros usurários, tendo sido implementado pelo D.L. n.º 262/83, de 16 de Junho, que procedeu à 11.ª alteração ao CC.

²⁷¹LEITE, António Pinto, cit., p. 111. “Since third party funding is a *mixed* and *non-typical* contract, in order to correctly understand it, one should find and use the typical contract that is most similar to it”.

²⁷²Cfr. análise em 1.3.

²⁷³LEITE, António Pinto, cit., p. 110. De acordo com esta proposição cfr. ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, in PERRIN, Leslie (coord.), cit., p. 117.

(o associado) à atividade económica que seja exercida por outra (o associante), de tal forma que a primeira ficará a participar nos lucros ou nos lucros e perdas que do exercício daquela atividade resultarem para a segunda²⁷⁴.

O associado investe, através de uma contribuição de natureza patrimonial (que pode passar por um investimento direto de capital ou assumir outras formas²⁷⁵), na atividade económica do associante, o que significa que ele próprio, associado, não exerce a atividade económica do associante²⁷⁶. Isto permite um fácil acesso ao investimento, o qual será remunerado através da participação nos lucros do associante²⁷⁷, elemento essencial do contrato²⁷⁸. Para além disso, a associação está determinada a um objetivo que, quando alcançado ou definitivamente impossibilitado, determina o fim da associação²⁷⁹.

Ora, no TPF a situação é análoga: “Quer o *funder*, quer a parte financiada acordam na promoção de uma atividade em conjunto, e os dois investem no negócio (a parte financiada contribui com a partilha do litígio arbitral e dos seus custos internos e o financiador compromete-se através do financiamento das custas com o processo arbitral e providencia os serviços para apoiar e co-administrar o litígio)”²⁸⁰.

Ou seja, estamos perante duas entidades distintas e independentes, as quais se associam, por um período determinado de tempo, com um fim determinado em vista – a solução de um litígio –, do qual compartilharão o sucesso e o risco de o alcançar. Não há, no entanto, a necessidade de o *funder* ser parte naquele litígio, tal como o associado não exerce a atividade económica do associante.

²⁷⁴Art. 21.º, n.º 1 do D.L. n.º 231/81.

²⁷⁵Art. 24.º, n.ºs 1, 2 e 3 do D.L. n.º 231/81.

²⁷⁶CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Comercial*, p. 448. No âmbito da associação em participação, apenas o associante atua em termos comerciais, pelo que o associado não terá qualquer atividade para além da sua contribuição.

²⁷⁷LEITE, António Pinto, cit., p. 111.

²⁷⁸CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Comercial*, p. 446. A participação nas perdas pode ser dispensada, mas a participação nos lucros é um elemento fundamental desta associação.

²⁷⁹Art. 27.º, als. a) e b) do D.L. n.º 231/81.

²⁸⁰LEITE, António Pinto, cit., p. 111: “Both the funder and the funded party agree on a *joint activity* to perform, and they both invest in the business (the funded party contributes by sharing its arbitration case and its internal costs and the funder commits itself by financing the arbitral costs and providing services to support and (co-) manage the case)”.

Acresce que este contrato não está sujeito a uma forma especial²⁸¹, o que permite alguma margem para abarcar várias modalidades de TPF. Ainda assim, algumas das suas cláusulas estariam sempre sujeitas à forma escrita, o que até é uma vantagem, na medida em que permitiria às partes no acordo de financiamento prever soluções para problemas que podem surgir a jusante.

Desde logo, se exige a previsão por escrito de que o associado não participará nas perdas da atividade do associante²⁸², o que equivaleria a dizer que o *funder* não se responsabilizará pelas custas da parte contrária nem pelo pagamento de qualquer caução destinada ao pagamento de custas. Se assim não estiver estipulado entre as partes, o *funder* pode vir a ser responsabilizado por aqueles pagamentos²⁸³.

Outra dessas disposições escritas será a determinação da medida da contribuição do associado, assim como a sua participação nos lucros²⁸⁴, que seria o mesmo que dizer que ficaria determinado no acordo de TPF o valor do investimento do *funder*, ou pelo menos, os critérios que o tornariam determinável, e ainda o valor ou os critérios de determinabilidade da sua retribuição²⁸⁵.

Igualmente, a estipulação dos atos que o associante está impedido de realizar sem o prévio consentimento do associado²⁸⁶ seria análoga à determinação dos atos que o financiado estaria impedido de decidir unilateralmente sem intervenção do *funder*, o que iluminaria facilmente os casos em que se permitiria uma maior intervenção do financiador no litígio e nos seus desígnios²⁸⁷.

²⁸¹Art. 23.º do D.L. n.º 231/81. Exceto nos casos em que a natureza dos bens com que o associado contribua exija algum requisito de forma, o que não se colocaria, em princípio, quanto ao TPF.

²⁸²Art. 23º, n.º2 do D.L. n.º 231/81.

²⁸³ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, *in* PERRIN, Leslie (coord.), cit., p. 118.

²⁸⁴Arts. 24.ºn.ºs 1 e 4 e 25.º, n.º1 do D.L. n.º 231/81.

²⁸⁵ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, *in* PERRIN, Leslie (coord.), cit., p. 118. Sujeito, como vimos, a alguns limites de adequação, nomeadamente, a proibição da usura.

²⁸⁶Art. 26.º, n.º 2 do D.L. n.º 231/81.

²⁸⁷ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, *in* PERRIN, Leslie (coord.), cit., p. 118. Referimo-nos, por exemplo, à aceitação de um acordo com a parte contrária em vez do prosseguimento do processo judicial ou até na escolha do advogado que deve representar a parte em litígio. Evidentemente, estes casos preveem uma intervenção mais ativa do *funder* no processo.

Por último, importa salientar que o D.L. n.º 231/81, no seu art. 30.º, apenas prevê a possibilidade de resolução antecipada do contrato com fundamento em justa causa, pelo que, qualquer outra causa que as partes queiram estipular para a cessação prévia ao termo do contrato, deverá estar prevista por escrito. Ora, por analogia, no acordo de TPF seria benéfica a previsão das causas específicas de vencimento antecipado do contrato, evitando que qualquer uma das partes fique ligada a um negócio que já não lhe traz qualquer benefício até que o litígio se resolva²⁸⁸.

Em suma, as características da associação em participação, de facto, permitem uma adaptação à essência que se espera do acordo de TPF, pelo que, ao invés de legislar um novo regime próprio para os contratos de TPF, se pudesse antes remeter para este contrato tipificado.

Mas não exclusivamente, já que isso poderia limitar o escopo da aceção de TPF que se viesse a adotar, uma vez que, se atentarmos nalgumas das modalidades do TPF existentes, elas não caberiam na caracterização do contrato de associação em participação²⁸⁹. Mais uma vez, a necessidade de uma definição de TPF se mostra crucial para a regulamentação que se venha a fazer deste instituto.

4.2.4 Dever de divulgação para árbitros à luz da LAV e do Regulamento do CAC

O TPF traz um acréscimo de encargos a este nível, uma vez que o *funder* é mais um ator que pode ter uma influência negativa na independência e imparcialidade dos árbitros, corolários da função que estes desempenham. Isto admitindo que o acordo de financiamento é conhecido pelas partes e pelo tribunal arbitral, que como vimos é uma ocorrência rara.

²⁸⁸ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, in PERRIN, Leslie (coord.), cit., p. 118. Por exemplo, quando o *funder* deixa de acreditar na viabilidade comercial do litígio.

²⁸⁹Se considerarmos, por exemplo, as modalidades de *corporate finance* ou a criação de SPV's, que poderiam integrar o escopo de modalidades aceitáveis de TPF, a contrato de associação em participação já não seria adequado. Principalmente no que diz respeito à criação de uma SPV, já que a associação em participação se distingue claramente do contrato de sociedade, uma vez que não há um exercício em comum de uma atividade económica. Neste sentido, cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Comercial*, pp. 448-449.

Esta temática já foi discutida acima, mas pretendemos agora olhar para as normas concretas consagradas a este propósito na LAV e no Regulamento do CAC, um dos principais centros de arbitragem do país.

A LAV, no seu art. 9.º, n.º 3, determina a previsão geral de que os árbitros devem ser independentes e imparciais. Só assim poderia ser, uma vez que os árbitros são responsáveis pela boa decisão da causa, tal como um juiz que deve ser isento para decidir uma causa em sede de tribunal judicial²⁹⁰.

Para garantia dessa atuação independente e imparcial, determina o art. 13.º, n.º 1, da LAV, um dever de revelação, para os árbitros que sejam convidados a exercer funções num tribunal arbitral, das circunstâncias que possam pôr em causa a sua independência ou imparcialidade. Bastará que aquelas circunstâncias levantem fundadas dúvidas de que aqueles princípios foram postos em causa para que o dever exista.

A previsão legal do dever de revelação foi consagrada com recurso a conceitos indeterminados que caberá aos aplicadores e intérpretes da lei concretizar²⁹¹. Para tal, um dos guias mais utilizados pela doutrina portuguesa²⁹² para a concretização das situações que possam manchar a imparcialidade ou independência dos árbitros, são as famosas *green, orange and red lists* das *IBA Guidelines on Conflicts of Interest* que neste estudo já referimos²⁹³.

Já quanto ao conceito de “fundadas dúvidas”, António Menezes Cordeiro crê na possibilidade de construção de um conceito de “bom pai de família arbitral”, pelo que aquelas serão as que “(...) surgiriam no espírito de um árbitro justo, equilibrado,

²⁹⁰CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem...*, p. 135. Nas palavras deste autor: “À partida, a independência e a imparcialidade dos árbitros radicam na ideia estrutural da decisão suprapartes. Ninguém pode decidir em causa própria ou já não faria sentido abdicar da força, para cometer a decisão a um terceiro.”.

²⁹¹CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem...*, p. 153; GOUVEIA, Mariana França, cit., pp. 120-121. É uma característica nos ordenamentos que optaram pela adoção da Lei-Modelo da UNCITRAL - perante a delicadeza do tema, preferiu-se uma análise mais casuística, utilizando-se conceitos indeterminados adaptáveis ao caso concreto.

²⁹²CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem...*, pp. 153-154; ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, in PERRIN, Leslie (coord.), cit., p. 120; in VICENTE, Dário Moura, *Lei da Arbitragem Voluntária* Anotada, p. 58; GOUVEIA, Mariana França, cit., pp. 204-205.

²⁹³Cfr. análise em 3.3.1.

sensível e experiente”²⁹⁴. Se tem potencial para pôr em causa a sua atuação, é preferível que o árbitro se antecipe e exponha a situação.

O dever de revelação para os árbitros mantém-se durante todo a decorrência do processo arbitral²⁹⁵. Não sendo pelo árbitro cumprido esse dever, as partes podem dar início a um procedimento de recusa²⁹⁶ ou até de anulação da sentença arbitral por incumprimento das normas da LAV (ou das que resultem da convenção de arbitragem no mesmo sentido) que regem a composição do tribunal arbitral²⁹⁷.

Quanto às normas que emanam do Regulamento de Arbitragem do CAC, versam sobre este tema os seus art. 11.º e 12.º e ainda algumas das normas do Código Deontológico do Árbitro, a que todos os árbitros que ingressem numa arbitragem submetida ao Regulamento do CAC estão sujeitos²⁹⁸.

Do art. 11.º do Regulamento resulta a necessidade de que os árbitros “devem ser e permanecer independentes, imparciais e disponíveis”²⁹⁹. Para tal, para além do preenchimento de uma declaração, quando aceitam integrar o tribunal arbitral, na

²⁹⁴CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem...*, p. 153; in VICENTE, Dário Moura, cit., pp. 59-60. Nas anotações à LAV que resultam desta obra, acrescenta o autor que a referência a “fundadas dúvidas” pretende determinar que a lei se refere a dúvidas significativas, que não sejam meramente irrelevantes ou causem “desconforto, hipotéticos riscos ou dúvidas sem suficiente materialidade.”.

²⁹⁵Art. 13.º, n.º 2 da LAV. Cfr. GOUVEIA, Mariana França, cit., p. 204, in VICENTE, Dário Moura, cit., p. 59. Acrescenta este autor que “O dever de revelar mantém-se durante todo o processo com o mesmo grau de densidade que tem no início.”. Esta previsão é importante, uma vez que o acordo de TPF pode vir a ser revelado às partes e ao tribunal arbitral já durante o seu decurso.

²⁹⁶Art. 13.º, n.º 3, 1.ª parte da LAV.

²⁹⁷Art. 46.º, n.º 3, al. a), iv) da LAV; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado da Arbitragem...*, p. 441. Nesta previsão se incluem os casos em que a independência e imparcialidade dos árbitros esteja posta em causa, desde que a invocação dessa falta ainda não esteja precludida nos termos do art. 14.º, n.º 2 da LAV.

²⁹⁸Art. 1.º do CDA. in VICENTE, Dário Moura, cit. p. 58. Os Códigos Deontológicos são preciosos auxiliares na decisão sobre se existe ou não um dever de revelação e se o seu incumprimento é suficiente para iniciar um procedimento de recusa do árbitro ou até de anulação da sentença.

²⁹⁹Art. 11.º, n.º 1 do Regulamento do CAC. ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, in PERRIN, Leslie (coord.), cit., p.120. À semelhança de outras instituições arbitrais em Portugal, de que são exemplo o Centro de Arbitragem Comercial do Instituto de Arbitragem Comercial no Porto ou o ARBITRARE, Centro de Arbitragem para a Propriedade Industrial, Nomes de Domínio, Firmas e Denominações.

qual dão a conhecer todas as circunstâncias que possam colocar essa imparcialidade e independência em risco, ficam ainda sujeitos às normas de conduta do CDA³⁰⁰.

À semelhança da LAV, exige que as dúvidas sobre a independência ou imparcialidade do árbitro sejam fundadas, mas não concretiza as situações concretas lhe podem dar origem. No entanto, o art. 1.º, n.º 3, do CDA, determina uma adoção expressa das *IBA Guidelines*, consagrando que as suas normas devem ser interpretadas e integradas tendo em conta aquelas linhas orientadoras³⁰¹.

Em suma, quer à luz da LAV, quer do Regulamento do CAC, o árbitro tem um dever de revelação das circunstâncias que ponham em causa a sua independência e imparcialidade. Tendo optado pela consagração daquele dever com recurso a conceitos indeterminados, aqueles instrumentos acabam por permitir a recondução das circunstâncias de conflito que surjam em sede de TPF ao seu âmbito de aplicação. Mas o árbitro só o poderá fazer se tiver conhecimento da existência do *funder*, pelo que reiteramos a posição que já firmámos anteriormente de que, a par do dever de revelação para os árbitros, será necessária a consagração de um dever de revelação para as partes da existência de um acordo de TPF e da identidade do *funder*.

4.2.5 A responsabilidade do *funder* no pagamento de custas de parte

A questão que, em concreto, aqui se coloca, é a de saber se, em sede de compensação das custas da parte contrária com a arbitragem, pode o *funder* ser considerado responsável pelo seu pagamento. Questão esta que não se circunscreve ao nosso ordenamento jurídico, tendo sido já objeto de alguns estudos a propósito do TPF na arbitragem internacional³⁰².

³⁰⁰Art. 11.º, n.º2 do Regulamento do CAC, que remete para o art. 10.º, n.º 3 da LAV, e art. 1.º do CDA.

³⁰¹GOUVEIA, Mariana França, cit., p. 206.

³⁰²CAIVANO, Roque J., cit; BERTRAND, Edouard, cit., p. 613; JÚDICE, José Miguel, cit., p.59-64; NIEUWVELD, Lisa, SHANNON, Victoria, cit, pp.27-28, 188-190 e 235-238; ICCA, *Report...*, cit., pp. 160-190.

Sobre o pagamento de custas, a LAV consagra, no seu art. 42.º, n.º 5, que, nos casos em que não exista uma determinação das partes a este respeito, da sentença arbitral constará a repartição pelas partes dos encargos diretos com a arbitragem³⁰³. Acrescenta ainda que, caso os árbitros assim entendam adequado, podem decidir que uma das partes deve compensar a outra pela totalidade ou pela parte dos custos razoáveis que esta tenha suportado com a arbitragem³⁰⁴. É neste âmbito que se discute a possibilidade de se incluírem naquela previsão os custos com o acordo de financiamento³⁰⁵.

É nesta sede também que surge a questão que enunciámos atrás. No fundo, dando cumprimento ao velho princípio *ubi commodum, ibi incommodum*, porque o *funder* receberá a vantagem em caso de sucesso, intervindo ativamente nos desígnios deste, seria justo que fosse igualmente responsável pelo insucesso que possa vir dele a resultar³⁰⁶.

Abstraindo-nos agora da viabilidade do argumento em si³⁰⁷, um dos maiores obstáculos a este entendimento em sede de processo arbitral prende-se com a jurisdição que este exerce. Na verdade, não nos podemos esquecer que os poderes de um tribunal arbitral estão limitados pela convenção de arbitragem, isto é, “(...) o tribunal arbitral não tem um poder jurisdicional sobre todos, mas apenas sobre

³⁰³ANDRADE, José Robin de, *in* VICENTE, Dário Moura, cit., p. 134. A este propósito também o Regulamento do CAC determina, no seu art. 48.º, n.º 3 que competirá ao tribunal arbitral alocar o pagamento dos encargos às partes (na ausência de determinação daquelas), tendo em conta todas as circunstâncias concretas do processo, incluindo o decaimento das partes e o seu comportamento processual.

³⁰⁴ANDRADE, José Robin de, *in* VICENTE, Dário Moura, cit., p. 134. Quanto à determinação de pagamento de custas da parte contrária, entende este autor que a LAV assim o determinou para penalizar a parte que, com o seu comportamento processual, tenha dado origem a custos, pelo que pode nada ter a ver com a percentagem de vencimento das partes.

³⁰⁵Esta é uma questão que não aprofundaremos, mas a qual pode trazer algumas dificuldades de consagração, desde logo, na perceção sobre se o acordo de financiamento consubstancia custos em que a parte incorre diretamente com a arbitragem, para além da célebre discussão sobre a divulgação do conteúdo do acordo de financiamento, necessária para apuramento do valor dos encargos.

³⁰⁶ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, *in* PERRIN, Leslie (coord.), cit., p. 122.

³⁰⁷Porque há vicissitudes do caso concreto que se lhe podem opor, como por exemplo o grau de intervenção do *funder* no processo e nas decisões tomadas ou as determinações que as partes possam ter feito a este respeito no acordo de financiamento.

aqueles que se tiverem submetido à sua jurisdição através da convenção de arbitragem”³⁰⁸.

A competência do tribunal arbitral resulta de um ato de autonomia das partes que lhe querem conceder poderes para decidir um determinado litígio que tenha surgido. E esse ato de autonomia privada é a própria convenção de arbitragem, a qual será responsável pela determinação da competência que têm para decidir³⁰⁹.

A previsão pelas partes desta questão em sede de acordo de financiamento será uma das soluções mais aceitáveis, uma vez que prescindiria da intervenção do tribunal arbitral nesse sentido: entre o *funder* e a parte financiada estaria acordado que aquele, no âmbito do financiamento a que procede, responsabilizar-se-ia igualmente pelo cumprimento de uma decisão que ordenasse à parte financiada o pagamento dos encargos com a arbitragem da parte contrária.

Caso assim não aconteça, parece-nos inviável a possibilidade de o tribunal arbitral, tendo em conta a legislação em vigor, poder ele próprio fazer recair essa responsabilidade sob o *funder*³¹⁰ pelo que seria mais uma possível alteração legislativa que teria que ser balanceada em caso de regulação do TPF em território português.

³⁰⁸MONTEIRO, António Pedro Pinto, cit., p. 181; ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Convenção de Arbitragem – Conteúdo e Efeitos*, p. 82.

³⁰⁹MONTEIRO, António Pedro Pinto, cit., p. 187. Cfr. ainda FOUCHARD, Phillipe, GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, cit., p. 29: “(...) an arbitrator’s power to resolve a dispute is founded upon the common intention of the parties to that dispute”; BARROCAS, Manuel Pereira, *Lei de Arbitragem Comentada*, p. 135: “Sem convenção de arbitragem, não há arbitragem (...)”; ALMEIDA, Carlos Ferreira de, cit., p.82: “(...)Tem natureza contratual privada, porque os tribunais arbitrais são criados em conformidade com convenções de arbitragem (...)e delimitam o âmbito da respectiva competência”.

³¹⁰A este propósito, Joana Albuquerque e Duarte Gorjão Henriques postulam a possibilidade da aplicação de uma extensão da convenção de arbitragem (cfr. ALBUQUERQUE, Joana, HENRIQUES, Duarte Gorjão, in PERRIN, Leslie (coord.), cit., p. 122). No entanto, a extensão dos efeitos da convenção de arbitragem ou participação de terceiros que não a assinem é uma questão controversa e que alguns autores admitem apenas perante casos determinados, pelo que não nos parece ser a opção mais segura. Cfr., sobre a controvérsia da extensão de efeitos da convenção de arbitragem, MONTEIRO, António Pedro Pinto, cit., pp. 252-254, BARROCAS, Manuel Pereira, cit., pp. 134-136, BORN, Gary B., *International...*, vol. I, pp. 1418 e seguintes.

Conclusões

O TPF é uma forma de investimento através da qual um terceiro disponibiliza o capital necessário a uma entidade com uma pretensão litigiosa, para que esta possa dar início ao processo correspondente à sua reivindicação, ou levá-lo a bom porto quando já esteja a decorrer. Distingue-se, desde logo, pelo seu grau de risco, pois o terceiro investidor pode não chegar a ver retribuído, ou sequer reembolsado, o seu investimento, uma vez que a sua contrapartida está dependente do sucesso da causa.

Com raízes que remontam aos tempos antigos das culturas clássicas da Grécia e da Roma Antigas, o financiamento de litígios por terceiros sempre foi visto com desconfiança e viu-se constrangido durante vários anos pelas proibições de *common law* de *maintenance* e *champerty*, as quais sob o pretexto da proteção do normal funcionamento do processo, restringiam a possibilidade de num litígio intervirem outras entidades para além dos sujeitos processuais. Aquelas proibições foram já ultrapassadas em ordenamentos jurídicos como o Reino Unido, Hong Kong ou Singapura, mas ainda consubstanciam o principal obstáculo à fixação do TPF na Irlanda.

No entanto, nos ordenamentos que o permitem, conseguiu afirmar-se como um ramo de atividade atrativo e tornou-se numa realidade complexa e diversificada o que, se por um lado permite competitividade, inovação e uma variedade de oportunidades que se podem adaptar às necessidades de cada um, cria também dificuldades na contenção do seu âmbito e na sua aplicação.

Desde logo, a sua definição é cada vez mais dificultada pelas várias formas que pode adotar: evoluiu da simples e matemática disponibilização direta de capital a uma parte num determinado litígio, muitas vezes fazendo um aproveitamento de instrumentos de *corporate governance* (principalmente quando o TPF *strictu sensu* não é permitido), para formas mais avançadas como o *portfolio funding*, em que o *funder* investe em vários litígios de uma só vez, diluindo o risco de insucesso de um por todos os outros.

Ainda assim, acreditamos que a sua essência se deve manter inalterada, pelo que uma definição adequada do TPF deve ter por base três elementos-chave: (i) o *funder* é um verdadeiro terceiro que não tem na causa outra intervenção; (ii) o financiamento tem a finalidade específica de fazer face aos custos em que o financiado incorre com o litígio; e (iii) o reembolso e eventual remuneração do capital investido depende do resultado da causa.

A sua principal vantagem é, sem dúvida, a facilidade que traz no acesso à Justiça, já que permite a entidades que não tinham como fazer face aos encargos de uma demanda, a oportunidade de reivindicarem os seus direitos sem o risco acrescido de endividamento; adicionalmente, para aquelas que tinham a disponibilidade financeira para impulsionar o litígio, mas que receavam os efeitos nocivos que o seu insucesso lhes poderia trazer, traz a conveniência da transmissão desse risco para o *funder*.

Os mais céticos, no entanto, afirmam que o TPF dará azo a um aumento no já elevado número de causas em discussão nos tribunais. Mais: elevará a quantidade de casos em que a pretensão defendida pela parte não tem mérito, já que os litigantes, libertos das consequências da perda do litígio, não hesitarão em demandar, na vã esperança de que, ainda assim, o tribunal possa decidir a seu favor.

Os defensores do TPF têm como inverosímil aquela ocorrência, dada a extensa e cuidada análise que os *funders* promovem antes de aceitar financiar qualquer litígio, o que obsta à aceitação de causas que tenham uma probabilidade baixa de sucesso, ou seja, a que falte fundamento. Aliás, como acima mencionámos, dado o risco que comporta um investimento desta envergadura, o qual pode nunca vir a ser reembolsado, dificilmente os *funders* arriscariam de maneira tão irracional.

No seio da arbitragem comercial, conhecida pela sua celeridade e flexibilidade processual, as suas vantagens só se acentuam, tendo em conta os custos cada vez mais elevados que começam a caracterizar aquele meio RAL. Trará, no entanto, dificuldades acrescidas, perante algumas das especificidades do processo arbitral.

Desde logo, pode ter impacto na independência e imparcialidade dos árbitros que constituem o tribunal arbitral. Mesmo que o *funder* adote uma certa passividade na sua atuação, será sempre mais um interessado na causa que pode criar obstáculos à isenção que deve caracterizar a conduta dos árbitros. Aumentará, portanto, o leque de circunstâncias que origina um dever de revelação dos árbitros, às partes e aos restantes membros do tribunal, da existência de uma situação de dúvida sobre a sua independência ou imparcialidade.

É evidente que, para que possa cumprir aquele dever, o árbitro deve poder conhecer da existência do *funder*, uma vez que só assim poderá aferir as consequências que aquela presença pode compreender na sua conduta, o que pode ser dificultado pela natureza tendencialmente secreta do acordo de TPF. É por isso que defendemos a necessidade de criação de um dever de divulgação da existência do acordo de TPF para as partes financiadas, o qual ficará satisfatoriamente cumprido quando a parte revele a existência do *funder* e a sua identidade.

Por outro lado, o TPF criará dificuldades na confidencialidade que tendencialmente predomina nos processos arbitrais, pois o *funder*, que como referimos anteriormente, procederá a uma análise minuciosa do litígio antes de decidir financiar, para além do acompanhamento que pretenderá fazer do processo, quererá ter acesso ao máximo de informação possível, o que pode pôr em causa o dever de confidencialidade que impenda sobre as partes no processo arbitral.

Aquele problema pode, no entanto, ser solucionado com recurso à consagração de exceções à estrita confidencialidade no processo arbitral, quer em sede legislativa, quer em sede de convenção de arbitragem. Permitindo o acesso ao processo pelo *funder*, poderá, igualmente, ser benéfica (principalmente para os litígios que já estejam a decorrer) a celebração de um acordo de confidencialidade entre os litigantes, o tribunal arbitral e os *funders* que possam existir.

Estas dificuldades e outras que possam surgir nos casos concretos poderiam ser colmatadas com uma regulação do TPF, criando mais segurança e estabilidade na sua aplicação, regulação esta que, a efectivar-se, deve investir em dois pontos estratégicos: (i) iniciativas legislativas que permitam expressamente o TPF, prevendo

formas de o compatibilizar, nos casos da arbitragem, com o normal funcionamento do processo; (ii) promoção de uma cultura de iniciativa cautelosa das partes na redação dos acordos de TPF, para que nele antevejam soluções para dificuldades que possam surgir no seu caso concreto.

Para a comunidade arbitral, a regulação do TPF pode destacar um território como um lugar seguro para situar uma arbitragem. O ordenamento jurídico português poderá aproveitar-se desse benefício, ainda que para tal tenha que ter algum cuidado na adaptação do regime que preveja, devendo acautelar o respeito pelos princípios gerais de Direito e salvaguardar o processo arbitral e os princípios que o regem.

O TPF determina-se, assim, como uma vantajosa ferramenta para o acesso à Justiça, principalmente no que concerne a arbitragem. É um passo em frente para que a Justiça deixe de ser um privilégio dos ricos e se efetive como um direito de todos.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, JOANA/HENRIQUES, DUARTE GORJÃO, *in* PERRIN, LESLIE (coord.), *The Third Party Litigation Funding Law Review*, Law Business Research, Londres, 2017
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA, *Convenção de Arbitragem: conteúdo e efeitos*, I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 81-95
- ANDRADE, JOSÉ ROBIN DE, *in* VICENTE, Dário Moura (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, APA, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2018, pp. 130-135
- ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *in* DIAS, JORGE FIGUEIREDO, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012
- APPLEMAN, THOMAS G./ SCHANER, LAWRENCE S., *Third Party Litigation Funding in the United States*, Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 32, 2012, pp. 175-187
- BAPTISTA, LUIZ OLAVO, NAKAGAWA, ADRIANE, TORTORELLA, EDUARDO *in* FRIEL, STEVEN, BARNES, JONATHAN (cord.), *Getting the Deal Through – Litigation Funding 2017*, Law Business Research, pp. 14-16
- BARRINGTON, LOUISE, *Third-Party Funding and the International Arbitrator*, *in* The Powers and Duties of an Arbitrator, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2017
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013
- BEISNER, JOHN/MILLER, JESSICA/RUBIN, GARY, *Selling Lawsuits, Buying Trouble – Third Party Litigation Funding in the United States*, US Chamber Institute for Legal Reform, Outubro 2009, disponível em: <http://legaltimes.typepad.com/files/thirdparty litigation financing.pdf>

- BERTRAND, EDOUARD, *The Brave New World of Arbitration: Third Party Funding*, ASA Bulletin, Kluwer Law International, vol. 29, n.º 3, 2011, pp. 607 – 615
- BILLIET, JOHAN, *International Investment Arbitration – A Practical Handbook*, Maklu, Antuérpia, 2016
- BLACKABY, NIGEL/ PARTASIDES, CONSTANTINE/ REDFERN, ALAN/ HUNTER, MARTIN, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2015
- BOGART, CHRISTOPHER P., *Deeply Flawed: A perspective on the ICCA-Queen Mary Task Force on third party funding*, Burford Capital Blog, 6 Outubro 2017, disponível em: <http://www.burfordcapital.com/blog/icca-queen-mary-task-force-reports-flaws/>
- BORN, GARY B., *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 2.ª edição, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006
- BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, vol. I, 2.ª edição, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn, 2014
- BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, vol. II, 2.ª edição, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn, 2014
- BOULLE, THIBAUT DE, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration*, Tese de Mestrado orientada pelo prof. Dr. M. Piers, Ghent University, 2014
- CAIVANO, ROQUE J., *Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global*, Revista Argentina de Arbitraje, n.º2, Maio 2018
- CASADO FILHO, Napoleão, *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, tese de Doutorado orientada pelo Prof. Claudio Finkelstein, São Paulo, 2014
- Commission Financement de Procès por les Tiers, *Financement du procès por les tiers - Rapport du club des juristes*, Le Club des Juristes, 2014

- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Comercial*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2009
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado da Arbitragem – Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, Coimbra, 2015
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, Parte Geral, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2014
- CREMADES, BERNARDO M., *Third Party Funding in International Arbitration*, B. Cremades y Asociados Publications, 23 Setembro 2011, disponível em:
<http://www.cremades.com/pics/contenido/File634523783352588756.pdf>
- CREMADES JR., BERNARDO M., *Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration*, Revista del Club Español del Arbitraje, n.º 13, 2016, pp. 155-187
- DALY, SHARON, in FRIEL, STEVEN, BARNES, JONATHAN (coord.), *Getting the Deal Through – Litigation Funding 2017*, Law Business Research, pp. 36-38
- DOWLING, CARA/ FITZGERALD, ALISON/ ROGERS, JAMES, *Emerging approaches to the regulation of third party funding – Recent Global Developments*, Norton Rose Fulbright, International Arbitration Report, n.º 9, Outubro 2017, pp. 29-31
- Ethics Committee of the Commercial and Federal Litigation Section of the New York State Bar Association, *Report on the Ethical Implications of Third Party Litigation Funding*, 16 Abril 2013, disponível em:
<https://www.benthamimf.com/docs/default-source/default-document-library/nys-bar---opinion-of-ethical-implications-04-16-13.pdf?sfvrsn=2>
- EVERSBERG, ARNDT, in FRIEL, STEVEN, BARNES, JONATHAN (coord.), *Getting the Deal Through – Litigation Funding 2017*, Law Business Research, pp. 29-31
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 5.^a edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010

- FOUCHARD, Phillipe/ GAILLARD, Emmanuel/ GOLDMAN, Berthold, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haia, 1999
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013
- FRIEL, STEVEN, BARNES, JONATHAN, BIRD, LARA IN FRIEL, STEVEN, BARNES, JONATHAN (coord.), *Getting the Deal Through – Litigation Funding 2017*, Law Business Research, pp. 25-28
- FRIGNATI, VALENTINA, *Ethical Implications of third party funding in international arbitration*, Arbitration International, vol. 32, n.º 3, 2016, pp. 505-522
- GOELER, JONAS VON, *Show Me Your Case and I'll Show You the Money – How to Balance Conflicts Between Third Party Funding and Confidentiality in Arbitration Proceedings*, Kluwer Arbitration Blog, 21 Julho 2016, disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/07/21/show-case-ill-show-money-balance-conflicts-third-party-funding-aand-confidentiality-iin-arbitration-proceedings/?print=pdf>
- GOELER, JONAS VON, *Third Party Funding and Its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2016
- GOLDSMITH, AREN/ FLÉCHET, CAMILLE/ SCHERER, MAXI/ *Third Party Funding in International Arbitration in Europe Part 1 – Funder's Perspectives*, RDAI/IBLJ Roundtable, 2012
- GOLDSMITH, AREN/MELCHIONDA, LORENZO, *Third Party Funding: Toward the Development of an Incremental Methodology for Disclosure*, Les Cahiers de l'Arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration, n.º 2, 2016, pp.339-358
- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2014
- HENRIQUES, DUARTE GORJÃO, “*Third Party Funding*” ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal, Revista da Ordem dos Advogados, n.º 3-4, Julho-Dezembro 2015, pp. 573-624

- International Council for Commercial Arbitration (ICCA), *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force On Third-Party Funding In International Arbitration*, n.º 4, Abril 2018, disponível em: http://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf
- JACKSON, JUSTICE, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, 2009, pp. 66-145, disponível em: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf>
- JONES, Emily, *Keeping Client Confidences: Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine in Light of United States v. Adlman*, *Pace Law Review*, vol. 18, n.º 2, Abril de 1998
- JÚDICE, JOSÉ MIGUEL, in VICENTE, DÁRIO MOURA (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, APA, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 56-60
- JÚDICE, JOSÉ MIGUEL, *Some notes about third-party funding: a work in progress*, *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XI, n.º 1, 2018, pp. 55-71
- KENNY, CAROLINE, *Third party funding of international arbitrations*, *CIARB News*, 1 Novembro 2017, disponível em: <http://www.ciarb.org/news/ciarb-news/news-detail/features/2017/11/01/third-party-funding-of-international-arbitrations>
- KRESTIN, MARC/ MULDER, REBECCA, *Third-Party Funding in International Arbitration: To Regulate Or Not Regulate?*, *Kluwer Arbitration Blog*, 12 Dezembro 2017, [Consultado em Fevereiro de 2018], disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/12/12/third-party-funding-international-arbitration-regulate-not-regulate/>
- LARKIMO, NIKI/ MCDUGALL, ANDREW DE LOTBINIÈRE/ TIMONEN, TUULI, *Recent Trends in International Arbitration*, *White&Case LLP*, 2017, disponível em: <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/recent-trends-in-international-arbitration.pdf>

- LAWRENCE, BRANDON/ TUFT, MARK L., *What's uncommon about the "Common Interest" Doctrine?*, 38th ABA National Conference on Professional Responsibility, Maio de 2012, disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/38th_conf_session8_whats_uncommon_about_the_common_interest_doctrine.authcheckdam.pdf
- LEITE, ANTÓNIO PINTO, *Third Party Funding as a Joint Venture and Not as a Mere Finance Agreement: The Independence and Impartiality of the Arbitrators*, VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 105-113
- LYON, JASON, *Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation*, UCLA Law Review, n.º 58, 2010, pp. 571- 609
- MAGALHÃES, Fernando Sousa, *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado e Comentado*, 6.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010
- MANNING, GUY, HOUGHTON, KIRSTEN, in FRIEL, STEVEN, BARNES, JONATHAN (coord.), *Getting the Deal Through – Litigation Funding 2017*, Law Business Research, pp. 17-21
- MONTEIRO, António Pedro Pinto, *O Princípio da igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, Almedina, Coimbra, 2017
- NETO, ABÍLIO, *Código Civil Anotado*, 18.^a Edição, Ediforum- Edições Jurídicas, Lda, Lisboa, 2013
- NIEUWELD, LISA BENCH/ SHANNON, VICTORIA SHANNON, *Third-Party Funding in International Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012
- ONELE, JOSEPH Onele, *Third Party Funding for Arbitration in Nigeria: Yea or Nay?*, Kluwer Arbitration Blog, 7 de Junho de 2018, disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/07/tbc-2/>

- OSMANOGLU, BURCU, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest*, Kluwer Law International, vol. 32, n.º 3, 2015, pp. 325-350
- PARK, WILLIAM W./ ROGERS, CATHERINE A., *Third Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force*, Penn State Law – The Pennsylvania State University The Dickinson School of Law, Legal Studies Research Paper n.º 42, 2014
- PEREIRA, RICARDO SILVA, *Third Party Funding e implicações éticas na relação com os árbitros*, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, n.º 9, Almedina, Lisboa, 2016, pp. 88-122
- PERRIN, LESLIE, *The Third Party Litigation Funding Law Review*, Law Business Research, Londres, 2017
- PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, vol. I, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987
- RADIN, Max, *Maintenace by Champerty*, California Law Review, vol. 24, n.º 1, 1935, pp. 48-78
- RUBINO-SAMMARTANO, MAURO, *International Arbitration: Law and Practice*, 3.^a edição, Juris, Nova Iorque, 2014
- SAHANI, VICTORIA SHANNON, *Judging Third-Party Funding*, UCLA Law Review, n.º 63, 2016, pp. 388-448
- School of International Arbitration Queen Mary, University of London and PwC 2013 International Arbitration Survey, *Corporate choices in International Arbitration – Industry Perspectives*, 2013, disponível em: <https://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf>
- School of International Arbitration Queen Mary, University of London and White&Case 2015 International Arbitration Survey, *Improvements and Innovations in International Arbitration*, 2015, disponível em: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf

- SECOMB, MATTHEW/ WALLIN, ADAM in PERRIN, LESLIE (coord.), *The Third Party Litigation Funding Law Review*, Law Business Research, Londres, 2017
- SERAGLINI, CHRISTOPHE/ORTSCHEIDT, JÉRÔME, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Paris, 2013
- SHAHDADPURI, KHUSHBOO HASHU, *Third Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory*, Kluwer Law International, vol. 12, n.º 2, 2016, pp. 77-106
- SHANNON, VICTORIA, *Recent Developments in Third Party Funding*, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, vol. 30, n.º 4, 2013, pp. 443-452
- SHEPHERD, JOANNA/STONE II, JUDD E., *Economic Conundrums in Search of a Solution: The Functions of Third-Party Litigation Finance*, Arizona State Law Journal, vol. 47, n.º3, 2015, pp. 919-960
- SILVA, ARTUR FLAMÍNIO DA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 2017
- The Association of the Bar of the City of New York – Committee on Professional Ethics, *Formal Opinion 2011-2 Third Party Litigation Financing*, 2011,[Consultado em Fevereiro de 2018], disponível em: <https://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072132-FormalOpinion2011-2Third-partyLitigationFinancing.pdf>
- The Law Reform Commission of Hong Kong Third Party Funding for Arbitration Sub – Committee, *Third Party Funding for Arbitration*, Consultation Paper, Outubro 2015, disponível em: <http://www.hkreform.gov.hk>
- YEOH, DERRIC, *Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?*, Kluwer Law International, vol. 33, n.º 1, 2016, pp. 115-122
- YONG, LACEY, *Cayman Islands court says yes to third-party funding*, Global Arbitration Review, Arbitration News, Features and Reviews, 23 Janeiro 2018, disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/category/third-party-funding>

