

FINANCIAMENTO DE LITÍGIOS JUDICIAIS POR TERCEIROS (“*THIRD PARTY FUNDING*”): UMA ÓTICA PROCESSUAL¹

THIRD PARTY FUNDING: A PROCEDURAL LAW ANALYSIS

Paula Ferreira Bovo

Advogada, bacharela em direito pela Universidade Estadual de Londrina, especialista em direito constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC), mestranda em direito processual civil pela Universidade de Coimbra (Portugal). Londrina/PR. E-mail: paulaferreirabovo@gmail.com

RESUMO: O financiamento de litígios judiciais por terceiros pode trazer reflexos no campo processual, reflexos estes que são o objeto do presente artigo. Com análise da legislação brasileira e de marcos regulamentares estrangeiros, o estudo se debruça sobre questões como: a possibilidade ou impossibilidade de influência do financiador nos atos processuais da parte; a autorização ou não ao juiz de condenar o financiador na própria sentença do processo; a necessidade ou não de informar nos autos que uma das partes conta com verba externa; e se a existência de financiamento causa aumento de demandas infundadas.

PALAVRAS-CHAVE: Financiamento de litígios por terceiros. Acesso à justiça. Legitimidade. Litigância frívola. Dever de revelação.

ABSTRACT: Third party funding may cause some impacts in civil procedures, impacts that are object of the present research. Analyzing the Brazilian legislation and foreign regulations, this research brings questions as: the possibility or impossibility of the funder influence the procedure acts of the part financed; if it's allowed the judge sentences the

¹ Artigo recebido em 14/11/2019 e aprovado em 06/04/2020.

funder directly; if there is a need of reveals the existence of funding; and if the funding causes increase of unfounded claims.

KEY WORDS: Third party funding. Access to justice. Judicial legitimacy. Frivolous litigation. Disclosure.

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias sobre o financiamento de litígios e a tendência normativa 2. Controle do funder na marcha processual: a ausência de legitimidade e a independência do profissional da advocacia 3. A (im)possibilidade de condenação do funder ao pagamento das despesas processuais do vencedor não financiado 4. Há dever de informar a existência de financiamento? 5. A alegação de estímulo a demandas infundadas 6. Considerações finais.

1. Notas introdutórias sobre o financiamento de litígios e a tendência normativa

O presente estudo destina-se a analisar os reflexos processuais do chamado financiamento de litígios judiciais, mencionado na doutrina estrangeira como *third-party funding* ou *litigation funding*. Apesar de muitas vezes relacionado à arbitragem, optou-se pela abordagem de quando o fenômeno ocorre em processos submetidos à jurisdição estatal e, conceituando-o de maneira objetiva, o financiador do processo trata-se de pessoa física ou jurídica, alheia à relação jurídica principal, que se compromete a arcar com custos totais ou parciais de uma das partes perante uma demanda, sob condição de receber parcela dos ganhos advindos da resolução do litígio. Se a parte financiada for vencida na ação e não obtiver ganho algum, o financiador perde o que investiu, nada podendo cobrar do financiado.²

A conduta é muitas vezes mencionada como possibilitadora do acesso à justiça, principalmente nos casos em que a parte não têm condições financeiras suficientes para arcar

² Definições semelhantes encontradas em: HENRIQUES, Duarte Gorjão. “Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. **Revista de Arbitragem e Mediação: RArb.** 13(51): 295-336, 2016; VELJANOVSKI, Cento. Third Party Litigation Funding in Europe, 8 **J.L. Econ. & Pol’y** 405 (2012); LYON, Jason. Revolution in progress: Third-Party Funding of American Litigation. **UCLA Law Review.** 58: 571-609, 2010.

com despesas processuais, e ao mesmo tempo não se amolda aos critérios de justiça gratuita, sendo privada do direito fundamental de ter suas pretensões levadas ao Poder Judiciário.³

Do conceito extraem-se três requisitos básicos para a configuração do *funder*: ele não pode ser parte, os fundos são a fim de custear as despesas decorrentes do litígio, e o financiador perde o que investiu no caso do financiado se vir vencido na demanda. Quanto ao primeiro requisito, é fundamental a ênfase no fato de que o contrato é celebrado entre um *terceiro* e uma das partes envolvidas numa relação material controvertida, ou seja, que o financiamento é uma relação negocial separada da relação processual para qual os valores serão destinados.

Não obstante alguns autores defenderem o contrário, optou-se aqui por não incluir no conceito de financiador de processo os advogados que trabalham com *contingent fees* ou pacto de *quota litis*, pois como mandatários da parte, no processo eles representam a própria parte, que não é alheia à relação material controvertida.⁴

Também exclui-se do conceito de financiamento de litígio o chamado seguro processual, já que no seguro há exigência de que as partes seguradas paguem à seguradora um valor pré-estipulado e de forma antecipada à ocorrência do evento aleatório coberto, enquanto que no financiamento o financiado nada paga ao financiador de forma antecipada.⁵

Por último, também não se amoldam no conceito as chamadas “compras de decisões”, mais comuns em fases executivas. A fim de evitar a demora para receber o pagamento de valores de uma sentença judicial, não é vedado às partes que “vendam” o crédito oriundo na pendência de recurso. Nesse caso, não há adiantamento de custas e despesas, e não se visa minimizar os impactos financeiros da parte para com a demanda.

Conceituado o instituto, é preciso passar às consequências advindas de seu uso no campo processual, ou seja, faz-se necessário investigar de qual maneira tal negócio entre o

³ Nesse sentido: Duarte Gorjão Henriques, em “*Third Party Funding*”..., *op. cit.*, p. 588.

⁴ No mesmo sentido, Jason Lyon em *Revolution in Progress: Third- Party Funding*..., *op. cit.*, p.577, nota de rodapé 35; também Duarte Gorjão Henriques, em “*Third Party Funding*”..., *op. cit.*, pp.596-597. Em sentido contrário: CASADO FILHO, NAPOLEAO. **Arbitragem internacional e acesso à justiça: o novo paradigma do third party funding**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014. Tese de doutoramento, p. 105; Cento Velijanovski, em *Third-Party Litigation Funding in Europe*..., *op. cit.*, pp. 408-409.

⁵ Também entendem como sendo institutos distintos: PASSO CABRAL, Antonio do (2018). Convenções sobre os custos da litigância (I): Admissibilidade, objeto e limites. **Revista de Processo**, vol. 276, ano 43. p. 61-90. São Paulo: Ed. RT; Napoleão Casado Filho, em *Arbitragem Comercial Internacional*..., *op. cit.*, pp.141-144; Duarte Gorjão Henriques, em *Third Party Funding*”..., *op. cit.*, p.613.

terceiro e a parte poderia influir no processo. Dentre os reflexos processuais possíveis, serão discutidos aspectos como: se pode o financiador exercer controle sobre os atos processuais da parte, se pode o financiador ser condenado diretamente na decisão do processo ao pagamento das despesas da parte vencedora, se há necessidade de informar ao Juízo sobre a existência de financiamento e se a prática causa aumento de litigância frívola.

As discussões sobre eventual mercantilização da justiça ficam, por recorte metodológico, reservadas a outra oportunidade.⁶

Não há no Brasil proibição à prática, tampouco definição doutrinária ou jurisprudencial sobre em qual categoria obrigacional o contrato se incluiria. Ante esse cenário de “limbo jurídico”, que não é exclusivo do Brasil, havia referência de autores ao financiamento como *no man’s land*⁷. Todavia a situação parece se alterar, e tem-se cada vez mais notícia de surgimento de marcos regulamentares, como: a auto-regulamentação da Associação dos Financiadores de Litígio da Inglaterra e do País de Gales, que editou um Código de Conduta para seus membros⁸; a legislação de Hong Kong, que foi editada em junho de 2017, direcionada à arbitragem e mediação, e que trouxe expressamente a não proibição e não aplicação das doutrinas de *maintenance and champerty*⁹; o *IBA Guidelines*

⁶ A discussão se dá, principalmente, pela repercussão das chamadas doutrinas de criminalização de *maintenance and champerty* na Inglaterra. Apenas para registro, *maintenance* quer dizer um terceiro desconexo da relação material controvertida financiar o litígio para uma das partes, sem interesses financeiros com o caso, podendo ser chamado até de *pure funder*. *Champerty* é também um financiamento por terceiros alheios à relação controvertida, mas em que o financiador tem interesses financeiros diretos no resultado do caso, dizendo-se então uma “forma agravada” de *maintenance*. Tais definições são encontradas em Duarte Gorjão Henriques, em “*Third Party Funding*”..., *op. cit.*, p. 581; Jason Lyon, em *Revolution in Progress: Third Party Funding*..., *op. cit.*, p. 579; Napoleão Casado Filho, em *Arbitragem Comercial Internacional*, *op. cit.*, pp. 112-113. Para maiores informações históricas sobre o tema, indica-se: RADIN, Max. *Maintenance by Champerty*, *California Law Review*. 24: 48-78, 1935.

⁷ Vide Duarte Gorjão Henriques, em *Third Party Funding*”..., *op. cit.*, p.594.

⁸ ASSOCIATION OF LITIGATION FUNDERS OF ENGLAND & WALES, **Code of Conduct for Litigation Funders**, janeiro de 2018. Disponível em <<http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>>. Acesso em 11/08/2019.

O Código traz linhas gerais sobre as condutas a serem adotadas pelos financiadores e sobre cláusulas obrigatórias nos contratos de financiamento, e é aplicável somente aos financiadores associados à entidade editora.

⁹ HONG KONG, **Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017**, Ord. n.º 6 of 2017. Disponível em <<https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>>. Acesso em 11/08/2019.

on *Conflicts of Interest in International Arbitration*¹⁰, que não regula expressamente o financiamento, mas prevê sua possibilidade quando trata do dever de revelação.

Tais marcos de regulamentação foram citados para, primeiramente, demonstrar que há uma tendência em normatizar a prática. Mas, principalmente, foram citados para que se busque neles eventuais soluções às questões que emergem no campo processual. Portanto, serão mencionados e explorados os possíveis reflexos do financiamento na esfera da litigância jurisdicional, e então verificar-se-á se algumas das disposições já publicadas poderiam ser importadas ao ordenamento brasileiro, ou se seriam totalmente incompatíveis.

2. Controle do *funder* na marcha processual: a ausência de legitimidade e a independência do profissional da advocacia

Merece o presente tópico ser iniciado com, como já feito na parte introdutória, realce de que o *funder* é alheio à relação controvertida do processo, o que lhe tira de imediato a legitimidade ordinária para litigar. Os estudos sobre legitimidade não são o foco do artigo, mas alguns esclarecimentos são necessários para verificação da possibilidade ou não de atuação processual do financiador.

Eliminada a possibilidade de legitimação ordinária, traz-se à baila o conceito de legitimidade extraordinária e de legitimidade extraordinária convencional.

Legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outrem, permitida tal legitimação em algumas situações pelo ordenamento jurídico. Para Alexandre Câmara, “significa isto dizer que a lei – e também a Constituição da República – pode atribuir legitimidade a alguém que, não sendo (e nem sequer afirmando ser) sujeito da relação jurídica deduzida no processo, fica autorizado a ocupar uma posição processual ativa ou passiva”.¹¹

Já a existência de legitimidade extraordinária convencional é uma teoria sustentada por parte da doutrina brasileira, que defende que a legitimação extraordinária pode derivar não só da lei, mas também de negócio jurídico entre as partes, e que tal possibilidade de

¹⁰ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, **IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration**, Londres, 2014. Disponível em <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>>. Acesso em 11/08/2019.

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p.44.

pactuação estaria abrangida na liberdade para contratar das partes e na autonomia de vontade.¹² Renato Beneduzi defende que o terceiro financiador pode se configurar como legitimado extraordinário convencional, e que haveria possibilidade de ele atuar como substituto processual da parte principal.¹³

Converge-se para a parte doutrinária que discorda da possibilidade da celebração de negócios para alterar a legitimidade processual¹⁴, pontuando que as observações que seguem consideram o *funder* como destituído de legitimidade, ainda que extraordinária, considerando-o como terceiro completamente alheio ao processo em curso.

Após definido que o financiador não detém legitimidade para ele mesmo litigar, nem mesmo a chamada legitimidade extraordinária negocial, discorre-se sobre a existência ou não de possibilidade de ele exercer controle sobre os passos do financiado no processo, por exemplo, se pode o *funder* definir quando recursos serão interpostos, selecionar elementos de prova ou impor limites à celebração de acordo.

Sobre o controle pelos financiadores, Cento Veljanovski traz a diferenciação entre os financiamentos ativos e os financiamentos passivos. Para o autor, o financiamento passivo é aquele em que, apesar de haver um *funder*, o controle e a responsabilidade dos atos processuais são da parte – este é o modelo predominante na Europa, particularmente no Reino Unido. Já o financiamento ativo ocorre quando o financiador “compra” ou assume a demanda – nesses modelos, o *funder* conduz as investigações iniciais, seleciona os advogados e age ativamente para gerir o processo.¹⁵

Napoleão Casado defende a ideia de que por se tratar de negócio de risco, a partir do momento em que o financiador faz o investimento, não tendo a parte dispêndio financeiro algum, ele é quem submeter-se-ia à *alia* judicial, de forma que seria o financiador o responsável pelo poder decisório do curso processual. A tese de doutoramento do autor foi

¹² DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 19ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. pp. 395-400.

¹³ BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. **Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro**, 22(86): 127-142.

¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo Código de processo civil: artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 83.

¹⁵ Em *Third-Party Litigation Funding, op. cit.*, p. 408.

escrita em relação a arbitragens, mas ele faz o adendo de que, considerando o caráter privado e a disponibilidade dos direitos, o controle deveria ser permitido.¹⁶

Ainda, para Duarte Gorjão, a existência de controle pelo *funder* é a pedra de toque para enquadrar alguma entidade como financiadora de litígio¹⁷, pois, para o autor, o controle é inerente ao financiamento e apenas suscitaria preocupação contrato que outorgasse ao terceiro um controle sobre a ação de forma desarrazoada.¹⁸

Respeitosamente, discorda-se dos posicionamentos que entendem que a *alia* judicial pertence ao financiador ou que uma parcela de controle deve ser permitida. Como referido, o contrato de financiamento é feito de forma alheia à relação processual em trâmite, não havendo que falar em relação direta entre o financiador e o tribunal. O que a parte não tem são alguns dos prejuízos financeiros decorrentes de eventual sucumbência – e só. É ela (a parte) quem se submete ao risco daquele processo, é sobre a esfera da vida dela que recairão os efeitos materiais da decisão, é a situação jurídica dela que se torna imutável com a coisa julgada. É equivocado assumir que, porque o *funder* tem riscos *financeiros* se a parte perder, o risco *judicial* também pertenceria a ele.

É preciso ter em mente que os interesses do financiador são distintos do da parte. Apesar de serem concretizados num mesmo momento – qual seja, a vitória da ação – tratam-se de interesses diferentes e individuais. Se a parte é a titular da relação jurídica controvertida, não há razões para que um terceiro, que sequer participou como interveniente, possa ditar regras sobre os trâmites procedimentais ou atos praticados. O investidor não é parte, e permitir que ele atue como tal seria verdadeiro vilipêndio à legitimidade.

Nas regulamentações já existentes, tem-se que o Código de Conduta da Associação dos Financiadores de Litígio da Inglaterra e do País de Gales proíbe que os *funders* tomem medidas a fim de tentar conduzir o processo ou influenciar a conduta do advogado da parte.¹⁹ A própria Associação dos Financiadores, ao definir em seu sítio eletrônico o que são seus membros, explicita que não há permissão para exercício de controle por eles, já que o *que providenciam é capital, e não controle*. A Associação assevera que os financiadores não

¹⁶ Em *Arbitragem Comercial Internacional...*, *op. cit.*, pp. 101-102.

¹⁷ Em *“Third Party Funding” ou...*, *op. cit.*, p.595.

¹⁸ *Ibidem*, p.594.

¹⁹ Artigo 9.3, em que consta como obrigação do financiador *“not seek to influence the Funded Party’s solicitor or barrister to cede control or conduct of the dispute to the Funder”*.

devem tentar tomar para si as rédeas do processo e nem interferirem no trabalho do advogado.²⁰

A legislação de Hong Kong sobre o tema traz a previsão de elaboração de um código de conduta de financiadores²¹, e determina que o referido Código deverá conter algumas previsões, como a de se o *funder* exercerá ou não controle na demanda. Até agosto de 2019 só havia um esboço (já publicado) de tal Código de Prática, com previsão semelhante ao Código de Conduta do Reino Unido, qual seja, de que o *funder* não exercerá controle e nem tentará influenciar a parte e seu advogado.²²

A impossibilidade do controle do financiador do processo faz-se necessária inclusive em respeito aos valores da advocacia: salvo exceções, quem representa a parte em juízo é seu advogado, que deve atuar de forma técnica, isenta e independente, defendendo os interesses do seu cliente, e não de terceiro. A fim de manter independência, o advogado sequer fica na contingência de aceitar a indicação de outro profissional para com ele trabalhar.

Feitas tais notas, parece difícil concordar com um sistema que permita o controle do financiador sobre os atos da parte ou de seus patronos. Apesar de não poder haver controle expresso e a prática de atos pelos financiadores, algumas ressalvas devem ser tecidas.

A primeira é de que há influência do financiador, mesmo que indireta, na tomada de decisões da parte quanto à celebração de acordos. É possível pensar num exemplo singelo de uma financiadora que pagou à parte cerca de 50.000 (cinquenta mil) contos em despesas processuais, em um processo que se previa um ganho final pela parte no valor de 500.000 (quinhentos mil) contos. O contrato previu que o retorno financeiro ao *funder* seria de quatro vezes o valor investido. Desta forma, quaisquer acordos oferecidos à parte que sejam

²⁰ O texto está com as exatas seguintes palavras: “*Litigation funders in the UK are not, for example, permitted to exercise control over litigation that they are supporting, and it is recognised that the providing of capital is not control. Funders must not get involved in settlement negotiations, or cause the litigant’s lawyers to act in breach of their professional duties for example, in line with the practice, in England and Wales, of keeping the roles of funders, litigants and their lawyers separate.*” Encontra-se disponível em <<http://associationoflitigationfunders.com/litigation-finance/>>. Acesso em 09/02/2019.

²¹ Item 98Q (1), (b), (ii).

²² Item 2.9 do *Draft Code of Practice for Third Party Funding of Arbitration and Mediation*: “*The funding agreement shall set out clearly: (1) that the third party funder will not seek to influence the funded party or the funded party’s legal representative to give control or conduct of the arbitration or mediation to the third party funder except to the extent permitted by law; and (2) that the third party funder will not take any steps that cause or are likely to cause the funded party’s legal representative to act in breach of professional duties.*” Disponível em <https://www.doj.gov.hk/eng/public/pdf/2018/tpfcode_e.pdf> . Acesso em 10/03/2019.

inferiores a 200.000 (duzentos mil) contos têm grandes chances de serem recusados, caso contrário ela ficaria sem receber nada. Não se sabe se a parte aceitaria ou não esse valor, mas se sabe que, ainda de forma indireta, pode o financiamento ser impedimento à celebração de transações.

Além da seara da influência indireta, há estudos que mencionam verdadeira tentativa de controle direto pelos financiadores. Ainda que reste expresso em designações contratuais que o *funder* não tomará atitudes que vilipendiam a atuação do advogado ou que aja a fim de controlar os atos da parte, parece ingênuo acreditar que tal fator não ocorrerá. Maxi Scherer e Aren Goldsmith desenvolveram pesquisa com os financiadores, em que houve consenso entre eles de que monitoram os atos do patrono.²³

Na 2015 *Conference: Litigation Funding: The Basics & Beyondm*, discutiu-se o problema da ingerência dos *funders*. John Desmarais, advogado de diversos clientes que já foram financiados, pontuou que é comum surgirem problemas devido às imposições dos financiadores, e que um desses problemas corresponde aos casos em que, durante o curso das negociações, o *funder* recomenda que a parte faça um acordo e ela não o faz. Não fazer o acordo é escolha da parte, já que está no controle do processo, todavia as partes acabam sofrendo consequências, pois a não aceitação de acordo sugerido pode ser motivo de cessação do financiamento pelo *funder*, ocasiões em que o financiado passa a ter que arcar com despesas que não contava, sendo posto em complicada posição. Desta forma, percebe-se que é possível que os financiados sejam influenciados – de certa forma até coagidos – a aceitar transações com às quais não concordam²⁴.

O Código de Condutas da Inglaterra e do País de Gales autoriza que essas cessações arbitrárias aconteçam, posto que, em seu artigo 11.2, permite que o contrato de financiamento preveja uma cláusula de resolução pelo financiador quando ele entender que a disputa não é mais economicamente viável, ou quando ele deixar de ficar satisfeito com os méritos da disputa. O Código, além disso, possibilita que o contrato traga cláusulas sobre o poder do *funder* na celebração de acordos.

²³ FLECHET, Camille; GOLDSCHIMDT, Aren; SCHERER, Maxi (2012). Third Party Funding in International Arbitration in Europe. Part 1. Funder's perspectives. *International Business Law Journal* 2: 207-219, *apud* Napoleão Casado Filho, *em Arbitragem Comercial Internacional...*, *op. cit.*, p. 104.

²⁴ SEIDEL, Selwyn *et al.* Panel 1: Litigation Funding Basics. *New York University Journal of Law & Business*. 12(3): 511-533, 2016.

Não há como tolerar que as previsões do artigo 11.2 do Código de Condutas da Inglaterra e do País de Gales sejam importadas ao ordenamento jurídico brasileiro. Isso faria com que a parte – que apresentou uma pretensão meritória ao financiador, que foi encorajada a buscar o Poder Judiciário e que acreditou que seria financiada na completude temporal da demanda – restasse desamparada porque não aceitou fazer transação com a qual ela, titular da relação material controvertida, não concordava. Agrava ainda mais a situação o fato de que, tal parte – agora desamparada financeiramente–, a depender do momento processual em que se encontra, não poderia sequer desistir da ação intentada sem a anuência da parte contrária.

É difícil vislumbrar a possibilidade de um financiador aceitar celebrar um contrato sem que tenha controle algum sobre os rumos de seu investimento. Todavia, tais contratos são de alto risco, e isso é sabido no momento de sua celebração. Independentemente de esse ponto agradar os *funders*, parece razoável que, caso a matéria venha a ser legislada em território brasileiro, positive-se a proibição da tomada de controle pelos financiadores dos atos processuais, bem como a proibição de cessação arbitrária do contrato.

3. A (im)possibilidade de condenação do *funder* ao pagamento das despesas processuais do vencedor não financiado

Outra celeuma envolvendo os financiamentos e o campo processual diz respeito à possibilidade de, no caso de a parte não financiada vencer a demanda, o financiador ser condenado diretamente na sentença judicial ao reembolso das despesas processuais despendidas pelo vencedor.²⁵

Introduzindo o ponto, destaca-se que no Brasil o pagamento das despesas decorrentes da sucumbência é norteado pelo princípio da causalidade: geralmente o vencido é

²⁵ O termo despesas processuais será usado como gênero, devendo ser interpretado de maneira ampla. As despesas aqui podem ser as taxas ou custas judiciárias, os honorários advocatícios, os custos de perícia, as diárias de testemunha, etc.

considerado o causador da demanda (mas não necessariamente)²⁶, e a ele cabe o pagamento dos valores decorrentes do processo²⁷.

Também é imperioso ressaltar a regra geral dos limites subjetivos da decisão é que ela produza efeitos *inter partes*²⁸. Isto se dá em respeito ao devido processo legal e ao contraditório, não podendo ser proferida decisão contra uma parte que não teve a chance de se defender e de produzir provas. Parece então forçoso que um terceiro, alheio à relação processual e não submetido à jurisdição, seja pessoalmente e diretamente condenado ao pagamento de despesas processuais num processo em que sequer participou²⁹.

Não se desconhece que há exceções aos efeitos meramente *inter partes* das decisões, como por exemplo na alienação de coisa litigiosa³⁰, em que um chamado “C” adquire direito ou coisa que está em litígio entre “A” e “B”, havendo inclusive possibilidade de ele ser substituto processual do transmitente. Todavia, ainda assim, não se condena o adquirente a nada, há mera extensão do que restou decidido na demanda a ele, ou seja, “C” não pode mais questionar o mérito da demanda entre “A” e “B”.

Trais traços acima delineados foram feitos considerando o Brasil, ligado à tradição de *civil law*, em que a atividade do juiz é altamente pautada pela lei escrita. Duarte Gorjão Henriques menciona que nos países de *common law* “é possível admitir que o juiz seja capaz de estender o *jus imperi* do aparelho judicial a entidades que não façam parte do processo”³¹.

O autor pontua que, até em sistemas de *civil law*, como Portugal e Brasil, pode o juiz ordenar determinados comportamentos a quem não faz parte do processo, como prestação de informações ou envio de documentos.³² Realmente, existe tal previsão no ordenamento português e também no brasileiro³³, mas discorda-se quanto à comparação, pois são poderes derivados da função cooperativa do juiz no intuito de promover a justa composição do litígio

²⁶ Fala-se não necessariamente pois, pelo princípio da causalidade, pode ser que a parte vencedora dê causa ao processo, devendo ela ser a condenada. Pode ser que numa ação de consignação de pagamento, o credor conteste afirmando que o valor é insuficiente. O devedor/autor reconhece, completa. O juiz julga a demanda procedente, mas quem deu causa foi o autor/devedor. Ver Antonio do Passo Cabral, em *Convenções sobre os custos da litigância (I)...*, *op. cit.*, p.68..

²⁷ Vide artigos 82, §2º e 85 do Código de Processo Civil brasileiro.

²⁸ Aqui fala-se em efeitos diretos, e não reflexos.

²⁹ É também o entendimento de Duarte Gorjão Henriques, em “*Third Party Funding*”..., *op. cit.*, p. 605.

³⁰ Artigo 109, §3º do Código de Processo Civil brasileiro.

³¹ Duarte Gorjão Henriques, em “*Third Party Funding*”..., *op. cit.*, p. 606.

³² *Idem*, *ibidem*.

³³ Inclusive, no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil do Brasil, é dado amplo poder ao juiz para que as decisões judiciais sejam cumpridas.

em causa. Condenar uma pessoa que não participou do processo e não teve direito ao contraditório difere de expedir determinações a fim de bem instruir uma causa já posta.

Considerando que o financiamento de litígios é mais popular em países de *common law*, e que decisões tomadas e estudadas quanto às custas são geralmente advindas desses países, cabe fazer algumas notas sobre o poder do juiz do Reino Unido no que diz respeito à questão. Escolheu-se o Reino Unido por ser um Estado ligado à *common law*, e por ter julgados sobre o tema.

No Reino Unido, a *Section 51(1) e (3) do Senior Court Act 1981* (antigamente chamado de *Supreme Court Act*), expressa o maior poder do juiz no tocante às custas naquele Estado, quando ressalta que a Corte tem amplos poderes para determinar como e a quem se estendem os custos da demanda, e como eles serão pagos.³⁴

Já o o *Civil Procedure Rules (CPR) 44.2*³⁵ traz que a regra geral de divisão de custas é a de que a parte vencida seja ordenada a pagar à parte vencedora, mas autoriza o juiz a ordenar de forma diferente, inclusive possibilitando ao julgador que condene terceiros. Ainda, na *CPR 48.2*, tem-se a possibilidade de *costs orders* contra não partes, desde que o terceiro seja trazido ao processo como parte unicamente para os julgamentos em relação aos custos e que exista oportunidade razoável dele ser ouvido pela Corte.

Um caso emblemático no Reino Unido quanto à condenação direta do *funder* em custas é o caso *Arkin v. Borchard Lines Ltd. & outros*³⁶. Arkin foi financiado pela empresa MPC para ingressar com ação contra diversos réus, relacionada à falência da empresa de Arkin por condutas de preços predatórios e abuso de posição dominante pelos réus. Sem adentrar nas questões de mérito envolvendo Arkin, tratava-se de ocasião em que o juízo notou que, caso não obtivesse financiamento, Arkin não conseguiria ingressar com a demanda.³⁷

Os réus fizeram requerimento de que a MPC providenciasse o *security for costs*, uma espécie de caução pelos custos, o que foi negado.³⁸ No acordo de financiamento restou

³⁴ *Senior Court Act 1981*, Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54>>. Acesso em 03/03/2019.

³⁵ *Civil Procedure Rules*, disponível em <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part-44-general-rules-about-costs>>. Acesso em 03/03/2019.

³⁶ *Arkin v Borchard Lines Ltd & Ors* [2005] EWCA Civ 655 (26 May 2005). Disponível em <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/655.html>>. Acesso em 03/03/2019.

³⁷ Arkin até recebeu o *legal aid*, mas foi retirado assim que ele iniciou o processo.

³⁸ Ponto 11 da decisão.

contratado que Arkin conduziria o processo, mas que necessitaria de consentimento da MPC para transacionar³⁹, de forma que o juiz entendeu que o financiador, apesar de constantemente informado dos passos processuais, não assumiu o controle da litigância, tendo sido primeiramente rejeitado o pedido dos réus para que a MPC fosse condenada ao pagamento das custas.

Ponderou-se a existência de conflito entre dois princípios: o da parte sem condições obter acesso à justiça e o da parte vencedora ter seus custos reembolsados. Fez-se a distinção entre o “financiador puro”, que é o que adianta as despesas processuais de forma gratuita, sem intenções de receber nada futuramente, mencionando que não era o caso da MPC.⁴⁰

O juiz de instância inicial, por entender não ter havido controle do *funder* no processo e por entender a prevalência do acesso à justiça, negou que a MPC fosse condenada ao reembolso das despesas processuais dos réus.

Após recurso, a decisão foi reformada, e a conclusão foi a de que a MPC deveria ser condenada por diversos argumentos apresentados, dentre eles: a) quem deu causa à demanda infundada foi também o financiador, pois ele que providenciou o financiamento necessário à parte; b) apesar de no acordo de financiamento não haver a previsão de pagamento de despesas sucumbenciais, a MPC deveria tê-las previsto; c) o juiz inglês tem ampla discricionariedade para fazer a repartição de custas considerando as especificidades do caso concreto, podendo fugir à regra geral de o vencido em pessoa pagar; d) a lei inglesa prevê que um terceiro pode ser condenado em custas, mas deve ser chamado ao processo para esse fim, o que aconteceu no caso; e) se a MPC obteria vantagem com a decisão favorável, ela também deveria ser submetida às desvantagens no caso de o financiado perder; f) para não desestimular a atividade de financiamento que, sim, em muitos casos prevê o acesso à justiça, deveria tal condenação ser proporcional aos investimentos, e não integral.

O caso é paradigmático e seduz, pois a argumentação do Tribunal é coerente, mas a comparação precisa ser trazida à luz dos ordenamentos de *civil law*, especificamente o Brasil. A atuação do juiz brasileiro ainda é altamente pautada na lei, lei esta que traz regras sobre a repartição de custas e também sobre a impossibilidade de condenação de terceiro não afeto à jurisdição.

³⁹ Ponto 13 da decisão.

⁴⁰ Ponto 30 da decisão.

Outra ponderação que se deve fazer novamente é que as reflexões do presente estudo são sobre a justiça estatal, pois em processos arbitrais os árbitros, apesar de deverem respeitar o princípio de *cost follow event*, dispõem de maior discricionariedade do que os juízes estatais⁴¹.

A fim de evitar os males apontados na decisão do caso Arkin e de aproveitar dos argumentos apontados pelo tribunal, mas sem afrontar a normatização e a estrutura processual brasileira, algumas considerações serão tecidas.

Quanto ao financiamento, há de se levar em consideração que, mesmo que o financiado se sinta motivado a ingressar com uma ação judicial porque dispõe de um terceiro para pagar-lhe as despesas, o titular da relação controvertida em juízo é o próprio financiado (e não o *funder*), e que é o financiado quem opta por acionar a jurisdição estatal. A conduta que deu causa a uma demanda improcedente foi justamente o ato de vontade do financiado em, usando de sua legitimidade, provocar o Poder Judiciário, sendo as suas motivações internas para tomar tal atitude irrelevantes em termos de legitimidade e causalidade⁴². Desta forma, se o financiado perder a demanda e se for o caso de condenação em custas pela sucumbência, a condenação deve ser direcionada a ele, e não a terceiro não participante na relação processual.

Sem afrontar a legitimidade, o devido processo legal ou os limites subjetivos da eficácia das decisões judiciais (que em regra são *inter partes*), uma possível correção para equilibrar o acesso à justiça pelo financiado e também para não prejudicar a parte que não deu causa à sucumbência, é a de que os contratos de financiamento celebrados entre o financiador e o financiado só sejam permitidos com cláusula que autoriza o financiado a recuperar os valores que tiver que pagar ao vencedor da causa (ou em decorrência da causa), o que denota a necessidade de regulamentação desses contratos.

Ademais, deve restar claro que os valores devem ser equacionados pelo juiz da mesma forma que seriam se a parte não tivesse sido financiada: os honorários devem levar

⁴¹ A lei brasileira que dispõe sobre a arbitragem é a Lei 9.307/1996, que traz um único artigo sobre custas, o 27. O referido artigo não determina ao árbitro como deve fazer a divisão de custas, revelando maior discricionariedade do que no processo judicial.

⁴² Merece nota o fato de que a autora optou pela parte doutrinária que não aceita a possibilidade de legitimidade extraordinária convencional, conforme capítulo 2.

Ainda, apenas com fins elucidativos, podemos dizer que quando a parte é beneficiária de justiça gratuita ou apoio judiciário e ela perde a ação, quem deu causa foi ela, e não o Estado que possibilitou que a parte litigasse. Ou seja, o princípio da causalidade diz respeito à parte.

em conta as tabelas e limites legais, e a afirmativa vale para as demais despesas como custas, diárias de testemunhas, perícias, etc. Pautando-se no fato de que o financiamento não altera a triangulação processual, que é o financiado a parte, e que é em relação a ele que a decisão se refere, então a condenação de reembolso de despesas deve ser contra ele, e basear-se nos mesmos parâmetros legais usados caso financiamento não houvesse.

Também sem afrontar o devido processo legal e a legitimidade, pensa-se ainda noutra sugestão normativa: a de no contrato de financiamento constar cláusula de estipulação condicional em favor de terceiro. Ou seja, o terceiro (parte vencedora) passaria a ser beneficiário dos créditos sucumbenciais se eles viessem a existir. Assim, na decisão, a condenação ao reembolso das despesas processuais mantém-se em desfavor do financiado, que foi a parte no processo, mas o vencedor poderá executá-la diretamente contra o *funder*, posto que o vencedor adquire o direito à prestação como efeito imediato do contrato.⁴³

A segunda sugestão, além de manter o legitimado alvo da condenação, coaduna com o princípio da economia processual. Isso pois, ao invés do vencedor cobrar o vencido para que o vencido posteriormente tenha direito de regresso contra o financiador, possibilita que o vencedor acione diretamente o *funder* em ação executiva.

Um dos argumentos do juiz que primeiramente julgou o caso *Arkin* foi o de que se o *funder* fosse condenado a reembolsar os custos da parte não financiada haveria poucos interessados em serem financiadores, o que tornaria escassa ou até cessaria tal atividade de promoção de acesso à justiça. Respeitosamente, discorda-se de tal raciocínio, já que a atividade do financiador é diretamente relacionada ao risco, e as despesas processuais são exatamente o que se financia. O que não faz sentido é pensar num financiador de processos que não tem responsabilidade pelos custos processuais, ainda que em ação de regresso do financiado ou em estipulação em favor de terceiro.

O já mencionado Código de Conduta da Inglaterra e do País de Gales, no seu item 10.1, traz a previsão de que o contrato precisa ser específico *se o financiador será ou não* responsável por estas custas e despesas a que o financiado se sujeita. Ao contrário do que se

⁴³ O contrato a favor de terceiro encontra-se disciplinado entre os artigos 436 e 438 do Código Civil Brasileiro. Sobre a possibilidade de terceiro beneficiário exigir a obrigação do promitente, ver: VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. vol 1. 10ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pp. 411-427.

sugere neste estudo, o Código não traz a obrigatoriedade de tal responsabilidade, apenas limitando-se a dizer que o contrato precisa ser claro se ela existirá ou não.⁴⁴

4. Há dever de informar a existência de financiamento?

Ainda na seara dos reflexos processuais causados pelo financiamento, passa-se ao estudo da existência ou não de obrigação da parte financiada de comunicar nos autos sobre o acordo realizado com o terceiro. Questiona-se então numa primeira abordagem: quais consequências poderiam advir da não comunicação ao juiz e à parte contrária sobre a existência de terceiro financiador?

Para investigação do tema cindir-se-á a questão em três. São elas: A existência de dinheiro externo, por si só, altera a verdade da relação material controvertida levada ao judiciário? Pode o investimento trazer à tona alguma causa de impedimento ou suspeição do juiz? A informação sobre a existência de financiamento auxilia a parte vencedora não financiada a cobrar as despesas processuais às quais tem direito?

Quanto à primeira parcela de indagação, a resposta parece ser negativa. Isto pois, foi-se aos poucos abandonando a concepção de que no processo civil vigora a verdade meramente formal⁴⁵, tendo os ordenamentos jurídicos positivado normas pautadas na busca da verdade real, inclusive com a existência de poderes ao juiz para determinar oficiosamente a produção de provas, e também com a criação de normas de que ninguém se exime de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade⁴⁶. Há então uma busca, potencializada ao máximo, de aproximar o que é trazido à jurisdição estatal à realidade dos

⁴⁴ Em sentido contrário, Cento Velijanovski, em *Third-Party Litigation Funding...*, *op. cit.*, p. 444, diz que o referido Código orienta que os financiadores sejam inteiramente expostos aos custos. Para defender seu ponto, o autor cita, na nota de rodapé 110, o artigo 9.4: “A funder will: 9.4.1 ensure that the Funder, its Funder Subsidiaries and Associated Entities maintain the capacity; 9.4.1.1. to pay all debts when they become due and payable; and 9.4.1.2. to cover aggregate funding liabilities under all of their LFAs for a minimum period of 36 months.” Todavia, parece mais correto interpretar esse artigo apontando que ele determina que a empresa financiadora mantenha a capacidade financeira para suportar os custos se eles surgirem. Opta-se aqui por acreditar que não há imposição obrigatória à condenação por custas, conforme explicação sobre artigo 10.1, que diz que: “10. The LFA shall state whether (and if so to what extent) the Funder or Funder’s Subsidiary or Associated Entity is liable to the Funded Party to: 10.1 meet any liability for adverse costs that results from a settlement accepted by the Funded Party or from an order of the Court;”.

⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7ª ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 19; também CALMON DE PASSOS, J.J. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 3. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

⁴⁶ O Código de Processo Civil brasileiro consagra no seu artigo 370 a possibilidade de o juiz determinar oficiosamente a produção de provas. Já o artigo 378 menciona que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. O dever das partes estampa-se no artigo 77.

fatos – busca essa que não se extingue com a existência de um investimento no processo, e que é independente à forma como estão sendo pagos os custos advindos da atividade estatal jurisdicional. Ou seja, não é possível associar uma violação à verdade material pela mera existência de financiamento, já que as funções do juiz e das partes permanecem, ainda que nesta condição de processo financiado.

Acredita-se que a tendência maior é de que as partes financiadas sejam as mais carentes economicamente perante o adversário. Todavia, mesmo que se pense numa situação em que a parte financiada seja a mais abastada da relação, e que se assuma que essa parte tenha um maior poderio de produção probatória (por exemplo, que tal financiado possa arcar com profissionais altamente qualificados e dispendiosos para realização de perícias, que pode pagar adiantadamente diárias/deslocamentos para todo o número permitido de testemunhas, etc), o ponto que se coloca é que os objetos sobre os quais recaem tais provas não se alteram porque elas foram custeadas por A ou por B, a não ser que ocorram fraudes (salientando-se que fraudes podem ocorrer independentemente de um terceiro financiador).

Pode-se, a título exemplificativo, discorrer sobre a prova pericial. O perito é nomeado pelo órgão jurisdicional, e é pessoa de confiança do juízo⁴⁷, sendo sujeito às regras de suspeição e sendo passível de ter sua idoneidade contestada. Então, se um perito de confiança do juiz é nomeado para verificar, hipoteticamente, a causalidade entre a conduta de uma empresa e a ocorrência de uma doença num grupo de pessoas, é indiferente para o resultado da perícia se ela foi paga por A, por B ou pelo próprio Tribunal. Assumindo-se que o perito é idôneo, a existência ou não da causalidade mencionada não depende de quem pediu a prova.

A fim de continuar análise sobre se há ou não dever de revelar a existência de financiamento, passa-se ao segundo deslinde da questão feita no primeiro parágrafo, que tem a ver com a imparcialidade do julgador.

A grande maioria das pesquisas realizadas sobre o tema foram feitas em estudos de arbitragem, meio em que mais facilmente se visualiza a possibilidade de o árbitro ter relação com a entidade financiadora. Apesar de não ser o foco do presente estudo, merece destaque o fato de que no processo arbitral os árbitros podem ser advogados, o que suscita uma gama

⁴⁷ Artigo 156, §1º do Código de Processo Civil do Brasil.

maior de hipóteses de comprometimento da parcialidade: um advogado pode ao mesmo tempo ser sócio de um grande escritório de advocacia, com inúmeros clientes (inclusive empresas financiadoras de processos), e árbitro. Pode ser ainda que o árbitro do processo arbitral X (em que figuram A e B, sendo B financiado por empresa L), seja ao mesmo tempo sócio de um escritório de advocacia que defende interesses do réu C, no processo arbitral Y, cujo autor D é financiado por L. Ou seja, no seio da arbitragem é mais palpável a configuração de conflitos/convergências de interesses do árbitro com alguma das partes.

Na arbitragem já há decisões de tribunais arbitrais ordenando que as partes revelem a existência de financiamento – incluindo a identidade do financiador.⁴⁸ Além dos tribunais, grande parte dos documentos normativos ou diretivos editados tende a impor o dever da parte informar se estiver sendo financiada⁴⁹.

Um ponto importante de se ressaltar é que, no Brasil, o juiz de direito atuante na jurisdição estatal não pode exercer outras atividades jurídicas (não pode ser advogado, por exemplo)⁵⁰, o que torna as hipóteses de suspeição e/ou impedimento menos prováveis de ocorrerem, todavia não impossíveis. Diz-se não impossíveis pois o artigo 145, inciso IV, do Código de Processo Civil do Brasil, traz dentre as causas de suspeição a hipótese de o juiz ser “interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes”.

Ou seja, como em quaisquer processos, se houver interesse pessoal do juiz no julgamento favorável a alguém, tem-se suspeição. São diversas e inumeráveis as causas que podem levar a tal interesse pessoal, mas no seio de financiamentos, é possível imaginar, por exemplo, a situação de o cônjuge do juiz, casado em comunhão parcial ou total de bens, ser

⁴⁸ Duarte Gorjão Henriques, em “*Third Party Funding*”..., *op. cit.*, p. 586; No mesmo sentido VAN LELYVELD, Leonor. *Third-Party Funding: algumas notas sobre o dever de revelação*. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**. 11 (2018), 163-177. Coimbra: Almedina.

Ver casos ICSID *Muhammet Çap & Sehil Insaat Endustri Ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turquemenistão*, *EuroGas Inc. e Belmont Resources Inc. v. República da Eslováquia* do ICSID, *South American Silver Limited v. Bolívia*.

⁴⁹ Por exemplo, no *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* da *International Bar Association (IBA)*, na *Explanation to General Standard 7* há previsão de que as partes revelem ao árbitro se estão sendo financiadas. O *Arbitration and Mediation Legislation (Third-Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017*, de Hong Kong, trouxe no item 98U o dever da parte financiada informar o nome do financiador e o fato de estar sendo financiada. O *Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre SIAC IA Rules* (1st Edition, 1 January 2017), no item 24.1, dá ao tribunal o poder de ordenar que a parte comunique que está sendo financiada.

Em sentido contrário, não trouxe tal previsão o Código de Conduta para financiadores de litígio da Inglaterra e do País de Gales.

⁵⁰ No Brasil, a incompatibilidade do exercício da advocacia com o cargo de juiz encontra-se estampado no artigo 28, inciso II, da Lei 8.906/1994 (Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil).

titular de ações em fundos privados, e de esse fundo ser investidor de processos – aqui tem-se que se a parte financiada vencer a ação o fundo financiador obtém lucro, configurando um interesse do juiz de que a demanda seja favorável a uma das partes.

Dessa forma, num primeiro momento, ante uma possível suspeição, parece o estudo apontar para que haja obrigatoriedade de comunicação ao juízo da existência de tal contrato paralelo. Todavia, merece respaldo o raciocínio constante na alegação de que se o juiz não sabe do financiamento, ele não percebe seu interesse em julgar favoravelmente a uma das partes, e então sua parcialidade não restaria prejudicada. Logo, parece não crível que a parcialidade do julgador seja fator impositivo à revelação de financiamento nos autos, o que leva à continuidade do estudo das indagações iniciais.

A terceira e última questão apresentada no parágrafo inicial tem a ver com casos em que a parte não financiada foi a vencedora do processo, e que ela adquiriu direito a reembolso de certas despesas processuais que realizou. Nesses casos, indaga-se o dever de revelação traz facilidades ao vencedor de recuperar tais valores aos quais tem direito.

A posição desta autora quanto à possibilidade de condenação direta do financiador ao reembolso das quantias despendidas pelo vencedor não financiado foi exposta no tópico anterior. O exame que se fará a seguir considera então que é a parte financiada que deve constar como condenada na decisão, e não o *funder*.

No desconhecimento da existência de financiamento pela parte vencedora não financiada pode surgir um impasse: o de a parte vencedora obter decisão favorável a si, condenando a parte financiada ao pagamento das despesas processuais, mas não obter sucesso na cobrança contra o vencido, seja por falta de pagamento voluntário ou por frustração de execução por falta de bens. Corre-se então o risco de a execução ser ineficaz e de a parte vencedora não receber o valor que lhe é devido.

Ou seja, o terceiro ponto parece ser o revelador da necessidade de que se informe no processo que uma das partes está sendo financiada. Não se vislumbrou que o financiamento cause alteração da verdade da relação controvertida ou possibilidade de suspeição ensejadoras de tal necessidade, todavia em consideração aos direitos da outra parte, principalmente no que diz respeito às verbas a que faz jus, parece imperioso que seja relatado nos autos a existência de verba externa.

No capítulo próprio, sugeriu-se que só se aceite a edição de contratos de financiamento com certas características: ou em que o financiador se responsabiliza pelas verbas às quais o financiado for condenado na decisão, ou com cláusula em favor de terceiros. Dessa forma, só se resguardam os direitos da parte vencedora com a ciência do financiamento, posto que a informação possibilita que tome as medidas que entender necessárias para ter seu crédito satisfeito.

Há então uma conjugação entre a necessidade de regulamentação desses contratos – com a fixação de certas cláusulas obrigatórias – e a possibilidade de cobrança do crédito pela outra parte envolvida no processo. Desta forma, dos três pontos apresentados neste tópico, crê-se que o último é o que mais evidencia a importância de haver revelação sobre a existência de financiamento.

5. A alegação de estímulo a demandas infundadas

Uma indagação comumente feita quando se estuda o financiamento é se a permissão do instituto não haveria de incentivar o ajuizamento de ações, ou pior, de ações descabidas, já que não há prejuízo financeiro algum à parte que aciona o Poder Judiciário. A *U.S. Chamber Institute for Legal Reform* afirma veementemente que o financiamento de litígios estimula ações frívolas⁵¹, e é sobre essa questão que se passa a deliberar.

A lógica dos defensores desse pensamento é a seguinte: se a parte não suporta custo algum de um litígio, ela se sente incentivada a se aventurar no Poder Judiciário, tentando ações frívolas e ficando à mercê da sorte, esperando talvez receber alguma recompensa.

Quanto à ausência de obstáculo monetário à parte financiada para buscar a jurisdição estatal, o raciocínio não é de todo equivocado. Todavia, há necessidade de se considerar que o financiamento é um negócio (no mínimo) bilateral, e que os intuítos do financiador precisam ser ponderados na argumentação.

Há sim o pagamento de despesas processuais da parte, mas a opção de pagamento não é feita por altruísmo ou por desejo do terceiro de que o autor intente ação contra alguém.

⁵¹ A *U.S. Chamber Institute for Legal Reform* é uma associação nos Estados Unidos que trabalha por reformas nos sistemas jurídicos. A entidade não é contra o financiamento de litígios, mas defende uma regulamentação severa do mercado, e também é contra seu uso em ações coletivas/litígios de massa. Em: *U.S. Chamber Institute for Legal Reform* (2009). **Selling lawsuits, buying trouble: third-party litigation funding in the United States**. Disponível em < <https://legaltimes.typepad.com/files/thirdpartylitigationfinancing.pdf>>. Acesso em 04/03/2019.

Tal opção é feita justamente visando parcela dos ganhos que advirão em favor do financiado. O financiador tudo perde se o financiado não obtiver sucesso, ao passo que se não houver a mínima possibilidade de o financiado vencer a demanda, não há razão para que o financiamento exista.

Os investidores são em sua maioria empresários, e, como portadores dessa condição, fazem rigorosa e pormenorizada seleção de quem financiar. A fim de escolher casos cujo risco de perda total do investimento seja mínimo, os *funders* não financiam todo e qualquer cliente que os buscam.⁵²

Cento Veljanovski fez entrevistas com diversos financiadores de processos da Europa, percebendo que apenas uma percentagem de aproximadamente 8% das demandas levadas aos *funders* são aceitas para serem financiadas. Dentre os critérios rigorosos apresentados por cada um dos financiadores, alguns aparecem de forma equivalente em todas as respostas, como: os méritos legais da ação, as motivações da parte, o comprometimento e a honestidade (ou falta dela). Os entrevistados também relataram que o caso precisa ter 70% ou mais chances de sucesso para ser financiado.⁵³

Jason Lyon concluiu que exatamente pela posição de mercado dos financiadores, resta improvável que o financiador escolha causas pouco meritórias⁵⁴. O autor ainda ressalta que as empresas de financiamento dispõem de portfólio e que gozam de reputação, não sendo benéfico a elas serem associadas à imagem de que financiam ações descabidas.

Cabe ressaltar ainda que o profissional da advocacia que orienta e representa a parte exerce um *múnus* público, devendo desaconselhar lides temerárias a partir de um juízo preliminar de viabilidade jurídica⁵⁵, subsistindo tal dever mesmo na existência de financiamento.

Acrescentando-se ao dever deontológico do advogado de advertir a parte acerca de pretensões frívolas, destaque-se que a legislação prevê punição para diversas condutas hipotéticas configuráveis como litigância de má-fé, inclusive a alteração da verdade dos fatos

⁵² Jason Lyon, no artigo *Revolution in progress: Third-Party Funding...*, *op. cit.*, p. 591.

⁵³ Em *Third-Party Litigation Funding...*, *op. cit.*, p. 436.

⁵⁴ Jason Lyon no artigo *Revolution in progress: Third-Party Funding...*, *op. cit.*, p. 594. No mesmo sentido: MARTIN, Susan L (2008). *Litigation Financing: Another Subprime Industry that Has a place in the United States Market*. **Villanova Law Review**. 53: 83-116. Disponível em <<http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol53/iss1/3>>. Acesso em 06/03/2019.

⁵⁵ Conforme artigo 2º, VII, do Código de Ética e Disciplina da OAB.

e o uso do processo para fins ilegais⁵⁶. Existem no sistema normas inibitivas ao uso indevido da jurisdição, e elas devem ser usadas se o julgador perceber que a parte litigou de má-fé, utilizando-se ou não de recursos de outrem.

6. Considerações finais

No presente estudo, após notas introdutórias sobre o financiamento de litígios, viu-se que deve restar expresso a impossibilidade de o financiador controlar os atos da parte e dos advogados do financiado, tanto pela falta de legitimidade quanto pela necessidade de independência do profissional da advocacia. Defendeu-se que não poderão serem transpostas ao ordenamento brasileiro normas que autorizem o *funder* a finalizar o contrato no caso de o financiado recusar-se a seguir orientações sobre acordos, restando claro que o titular da relação jurídica é o financiado.

Salientou-se que, em respeito ao devido processo legal e ao princípio da causalidade, não poderá haver condenação direta do financiador em despesas processuais do vencedor. Todavia, trouxe-se a sugestão de que só se permitam contratos de financiamento em que o *funder* seja responsável por tais verbas, seja por meio de cláusula de direito de regresso ou de cláusula em benefício de terceiro (o vencedor não financiado).

A fim de verificar a necessidade ou não de revelar no processo que há financiamento, verificaram-se três pontos. O primeiro deles concluiu que os financiamentos não são causa de alteração da verdade material do que se discute no processo, não parecendo que há grande relevância da revelação quanto à verdade do que se discute. O segundo destacou que existem algumas situações em que o juiz pode se ver interessado no julgamento em prol da parte financiada, o que traria um primeiro indicativo de revelação obrigatória, mitigado pelo fato de que, se o juiz não souber que há financiamento, ele não se interessa em julgar favoravelmente a uma das partes e conseqüentemente não é suspeito. O terceiro e o último foi mais significativo no sentido de concluir que é preciso que exista um dever de informar no processo sobre o financiamento, posto que considerou o respeito ao eventual direito do vencedor de receber os valores aos quais o financiado for condenado na decisão.

⁵⁶ Vide artigo 80 do Código de Processo Civil brasileiro.

Considerando o todo que foi mencionado, viu-se que o financiamento de litígios causa reflexos na esfera processual, e que não há no Brasil regulamentação alguma sobre o tema. Dessa forma, defende-se que se criem normas que positivem: a proibição da tomada de controle pelo *funder*, a proibição de cessação arbitrária do contrato, a impossibilidade de condenação direta do financiador às despesas processuais advindas com a sucumbência e a necessidade de revelação ao Juízo de que há terceiro financiador.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Vol 1 (Teoria do Processo Civil)**. 3ª ed (e-book). São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- ARENHART, Sérgio; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Vol 2 (Tutela dos Direitos mediante Processo Comum)**. 3ª ed (e-book). São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. **Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro**, 22(86): 127-142, 2014.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7ª ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- CALMON DE PASSOS, J.J. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 3. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.
- DIDIER Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 19ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.
- FLECHET, Camille; GOLDSCHIMDT, Aren; SCHERER, Maxi. Third Party Funding in International Arbitration in Europe. Part 1. Funder's perspectives. **International Business Law Journal** 2: 207-219, 2012.

- FILHO, NAPOLEAO CASADO. **Arbitragem internacional e acesso à justiça: o novo paradigma do third party funding**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tese de doutoramento, 2014.
- GONÇALVES, Alexandra M. **O Third Party Funding na Arbitragem Comercial**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Tese de mestrado, 2018.
- HENRIQUES, Duarte Gorjão (2016). “Third Party Funding” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. *Revista de Arbitragem e Mediação: RArb.* 13(51): 295-336.
- HORODYSKI, Dominik & KIERSKA, Maria. Third Party Funding in International Arbitration-Legal Problems and Global Trends with a Focus on Disclosure Requirement. *Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów Uniwersytetu Jagiellonskiego.* 19: 63-80, 2017.
- International Bar Association. **Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional**. Londres, 2014.
- JACKSON, LJ. **Third party funding or litigation funding. Sixth lecture in the civil litigation costs review implementation**, 2011. Disponível em <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/lj-jackson-speech-third-party-funding-or-litigation-funding-23112011.pdf>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2019.
- JARDIM, Afranio Silva. **Da publicização do processo civil**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.
- LYON, Jason. Revolution in progress: Third-Party Funding of American Litigation. *UCLA Law Review.* 58: 571-609, 2010.
- MARTIN, Susan L. Litigation Financing: Another Subprime Industry that Has a place in the United States Market. *Villanova Law Review.* 53: 83-116, 2008.
- SAHANI, Victoria Shannon. Judging Third-Party Funding. *UCLA Law Review.* 63: 388-448, 2016.
- SEIDEL, Selvyn; SCRANTOM, Timothy; ZIMMERMANN, Alan; DRUCKER, Lee; DESMARAIS, John; GORAL, Rade. Panel 1: Litigation Funding Basics. *New York University Journal of Law & Business.* 12(3): 511-533, 2016.

- PASSO CABRAL, Antonio. Convenções sobre os custos da litigância (I): Admissibilidade, objeto e limites. **Revista de Processo**, vol. 276, ano 43. p. 61-90. São Paulo: Ed. RT, 2018.
- PASSO CABRAL, Antonio. Convenções sobre os custos da litigância (II): introdução ao seguro e ao financiamento processuais. **Revista de Processo**, vol. 277, ano 43. p. 47-78. São Paulo: Ed. RT, 2018.
- RADIN, Max. Maintenance by Champerty, **California Law Review**. 24: 48-78, 1935.
- VAN LELYVELD, Leonor. Third-Party Funding: algumas notas sobre o dever de revelação. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**. 11: 163-177. Coimbra: Almeidina, 2018.
- VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol 1. 10^a ed., Editora Coimbra: Coimbra, 2013.
- VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol 2. 7^a ed. Editora Coimbra: Coimbra, 2013.
- VELJANOVSKI, Cento. Third Party Litigation Funding in Europe, 8 J.L. **Econ. & Pol'y** 405, 2012.
- WAMBIER. Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Uns; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil- artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.