

# “THIRD PARTY FUNDING” OU O FINANCIAMENTO DE LITÍGIOS POR TERCEIROS EM PORTUGAL

*Pelo Dr. Duarte Gorjão Henriques<sup>(1)</sup>*

## *SUMÁRIO:*

**I.** Introdução. **II.** O modelo de negócio de “Third Party Funding”. **III.** Desenvolvimento da actividade de financiamento de litígios. **IV.** Os financiadores e o mercado de financiamento de litígios. **V.** Problemas e desafios enfrentados na “litigation finance”. **VI.** A definição de “third party funder”. **VII.** Os “Third Party Funders” e os conflitos de interesses dos árbitros. **VIII.** Third party funders e sigilo profissional de advogados. **IX.** Custos, responsabilidade pelos custos e caução para custos. **X.** A extensão da responsabilidade pelos custos a terceiros financiadores. **XI.** “Third party funders” e “security for costs”. **XII.** Ausência de regulamentação. **XIII.** Panorama Português. **XIV.** O licenciamento da actividade. **XV.** Os desafios ligados à deontologia da profissão de advogado. **XVI.** Usura. **XVII.** “Comoditização” da justiça. **XVIII.** Concluindo — Portugal é um bom mercado para os “third party funders”?

---

<sup>(1)</sup> Advogado e árbitro <[www.bch.pt](http://www.bch.pt)>.

O autor é também membro da “Joint ICCA (International Council for Commercial Arbitration) & Queen Mary University of London Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”. No entanto, os pontos de vista e opiniões aqui expressadas apenas podem ser atribuídas ao autor e vinculam apenas este, não vinculando nem representando qualquer opinião ou ponto de vista que tenha sido apresentado no âmbito da referida Task Force.

## I. Introdução

1. A temática do financiamento de litígios por terceiras entidades (ou “third party funders” na expressão anglo-saxónica) tem sido objecto de escassa atenção no nosso ordenamento jurídico. A literatura jurídica resume-se a um artigo<sup>(2)</sup> ou a uma breve referência em algumas obras dedicadas à arbitragem. Quanto à nossa jurisprudência, tanto quanto se sabe, o assunto nem sequer chegou a ser abordado de uma forma superficial. Finalmente, a regulamentação legal é completamente omissa.

No entanto, o mercado jurídico português constitui um exemplo onde este modelo de negócio poderá florescer. Com efeito, na sua génese está a impossibilidade de uma das partes num litígio acorrer a todas as necessidades financeiras para promover e prosseguir uma demanda de que seja titular contra um terceiro. Não raro, um dos “activos” mais valiosos de uma empresa, quando não o “único” activo, consiste justamente num direito à acção contra outrem. Porém, o pagamento de custas judiciais, bem como dos honorários de advogados e de outros técnicos torna virtualmente impossível à parte titular de tal direito à acção exercê-lo efectivamente.

Evidentemente que no contexto estrito do direito interno, o montante de preparos de custas processuais não é especialmente dispendioso, ainda que os valores dos pedidos a formular sejam colossais.

A surpresa, contudo e na maior parte das vezes, vem no fim.

Por outro lado, outro dos custos assinaláveis nos litígios é justamente o dos honorários com advogados e outros intervenientes como técnicos, peritos, pareceres e certos meios de prova. Tais custos, quando não sejam ou não possam ser mitigados ao abrigo de acordos particulares de pagamento de honorários (como por exemplo os “fees” de sucesso, quando admissíveis) têm um impacto imediato no início do processo.

---

(2) Exemplo pioneiro parece ser o de ANTÓNIO PINTO LEITE, in “Third-Party Funding as a Joint Venture and not as a mere finance agreement: the independency and impartiality of the arbitrators”, “VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial — Intervenções”, Almedina, Julho 2014, at. 105 e segs.

Se este é o panorama numa acção judicial, as dificuldades podem agudizar-se quando nos movemos para o domínio da arbitragem (onde os custos iniciais são claramente superiores) ou no campo do contencioso internacional.

O impacto que estas circunstâncias podem ter em empresas exportadoras ou que por outra forma desenvolvem projectos internacionais não é de todo desprezível.

Trata-se em qualquer caso de um problema de acesso ao direito e à justiça.

Mas não é só a impecuniosidade que justifica o aparecimento deste modelo de financiamento de litígios. Também preocupações de gestão de tesouraria ou de aplicações de recursos financeiros podem tornar mais apetecível o recurso ao financiamento de litígios por terceiros. A realização imediata de uma entrada de caixa como produto de um financiamento da acção também forma parte das razões que estão na base do recurso a este modelo.

**2.** É neste contexto que surge o modelo de negócio de financiamento de litígios por terceiros (“third party funding”).

Originariamente surgido e difundido nos Estados Unidos no seio do contencioso judicial (“litigation funding”) nos finais do século passado, não só depressa se difundiu noutras jurisdições (Reino Unido, Austrália e Alemanha) como se tornou particularmente popular no domínio da arbitragem, particularmente na arbitragem comercial internacional e, mais recentemente, na denominada arbitragem de protecção de investimentos estrangeiros.

**3.** Abaixo descreverei mais detalhadamente este modelo de negócio e abordarei o seu enquadramento jurídico no domínio do direito português mas, desde já, impõe-se uma brevíssima descrição do mesmo. Simplisticamente, pode dizer-se que se trata de uma fórmula segundo a qual uma parte num litígio recorre a uma entidade estranha à relação processual para que esta última lhe financie os custos da acção, avançando esta com o pagamento de preparos, custos, despesas e honorários de advogados e técnicos, contra uma participação nos resultados do processo caso a parte financiada saia vencedora e assumindo o risco de perda desse

“investimento” caso o autor ou demandante veja o seu pedido sucumbir.

Aparentemente, parece que estamos perante um pacto de “quota litis”, uma variante de “partilha de honorários” ou simplesmente um negócio cujo objeto é a “comoditização” (perdoe-se o anglicismo) de uma acção judicial ou arbitral. No final, contudo, poder-se-á concluir que se trata de uma verdadeira forma de financiamento com a particularidade do seu reembolso ser incerto no *se quando* e no *quanto*.

Esta nova realidade pode apresentar-se como um desafio no plano do nosso direito constituído e efectivamente tem levantado vários desafios no domínio da arbitragem internacional.

É justamente sobre estes desafios que me proponho escrever e tecer algumas considerações. Antes disso, porém, desde já deixaria a nota de que a abordagem aqui ensaiada tem por objectivo principal o enquadramento do tema no âmbito do direito da arbitragem, embora a mesma abordagem possa ser transposta para o campo do contencioso judicial.

## II.

### O modelo de negócio de “Third Party Funding”

4. Ao falar de modelo de negócio comete-se desde logo uma imprecisão. É que não existe um só modelo de negócio de financiamento de litígios por terceiros. É, além disso, questionável que o financiamento não existisse já — e não continue a existir — sob diversas formas e praticado por diversos tipos de entidades, umas ligadas ao processo, outras não.

5. Como se referiu, o modelo mais popular e de mais fácil descrição consiste no seguinte. A empresa de financiamento procede ao adiantamento de fundos para despesas (aí se incluindo todas as despesas, pagamentos de honorários de peritos e advogados e adiantamentos para preparos das custas processuais) sem garantia de reembolso pelo cliente (parte no processo). Apenas em

caso de sucesso o financiador será reembolsado pelas despesas incorridas e obterá uma fatia dos resultados do processo ou um “fee” de sucesso (ou uma combinação de ambos), geralmente em valores monetários mas podendo também consistir na entrega de bens ou “comodities”.

Interessante de observar são as fórmulas ou *ratios* de participações que geralmente se encontram. A maioria dos “funders” tem um patamar mínimo de investimento. Na medida em que estão associados a uma operação que envolve risco, contemplam apenas pedidos indemnizatórios mínimos (o mais comum é de USD 10 milhões) para uma projecção de investimento que pode ascender a USD 2 milhões, aplicando depois um factor “3X” de participação nos resultados (isto é, esperam receber três dólares por cada um que investirem). Este modelo participativo é muitas vezes submetido a uma tabela de variação de resultados em função da fase em que o direito exercido na ação é recuperado e o tempo que demora a ocorrer tal evento.

Naturalmente, os modelos de investimento podem ser dirigidos para segmentos de mercado mais arrojados, admitindo-se investimentos em pedidos inferiores a USD 1 milhão e/ou factores que podem ascender a “20X” (vinte por cada dólar investido). Deste modo, não é de todo impensável os financiadores virem a receber partes superiores a 50% do montante que vier a ser determinado pelo juiz ou pelo tribunal arbitral, o que apenas numa fase inicial de apreciação pode causar estranheza: na verdade, trata-se de um financiamento a fundo perdido.

Esta realidade, contudo, não é de todo desconhecida do mundo financeiro, onde projectos de “private equity” podem atingir estes “ratios” de múltiplos de três.

Sem prejuízo, o crescimento de um particular mercado e uma dispersão de riscos obtida neste tenderá a forçar um decréscimo destas percentagens nos resultados, admitindo alguns “funders” que, presentemente, em mercados como o norte-americano ou inglês, estejam já a aplicar modelos “2X” (dois dólares a receber por cada um que tiver sido investido).

**6.** Como é lógico, embora estes investimentos possam ser encarados pelos “funders” numa lógica de “portfólio”, de tal forma

que se mitigam e mutualizam os riscos pela sua acumulação e dispersão (exactamente à semelhança do que sucede com a actividade seguradora), a verdade é que eles são objecto de sérias e aprofundadas diligências de variado nível: não só a situação contabilística e financeira da sociedade financiada é objecto de escrutínio, como também se procede à elaboração de uma “due dilligence” de carácter jurídico ao processo, à probabilidade de sucesso e à capacidade de recuperação do montante decorrente da condenação em face do devedor da decisão final. Sobre estes elementos são aplicadas taxas de probabilidade comparadas com o esforço e duração do investimento. Apesar da aparente facilidade de descrição do processo de investimento, a operação que leva à decisão deste é tudo menos de fácil demonstração.

Em todo o caso, da realização destas operações de averiguações pode desde já intuir-se o nascimento de alguns problemas que rodeiam a actividade de financiamento de litígios por terceiros. Em que medida os financiadores, que recebem informação privilegiada dos potenciais financiados, estão vinculados a deveres de sigilo? Sabendo a contra-parte que a outra procurou financiamento junto de “funders”, que tipo de informações e documentos pode exigir que sejam prestados por estes? Qual o impacto que uma decisão de não financiamento pode ter na percepção do mérito do pedido?

7. Estes, como se disse, são os contornos que se podem apelar de “correntes” do “third party funding”.

Contudo, o desenvolvimento dos mercados, especialmente, dos mercados de capitais, levou a construir e desenvolver diversas outras formas de financiamento de tal forma que não faltam instituições financeiras que inicialmente poderiam ser apelidadas de “third party funders” mas que actualmente recusam tal qualificação por se considerarem nada mais que meros veículos de um novo produto de financiamento, apenas em parte diferente do que já existe e vai sendo criado no mercado para disponibilizar às empresas e agentes económicos. O caso da Tenor Capital e do financiamento concedido à empresa “Crystallex” é um exemplo claro da dinâmica que os mercados de capitais imprimem aos negócios da “economia real” e de como um financiamento de um litígio pode assumir proporções e conteúdos diversos.

Dado o carácter e divulgação que este caso tem merecido, justifica-se dar aqui uma breve nota sobre o desenvolvimento e contornos deste financiamento.

**8.** A empresa canadiana Crystallex havia sido expropriada da sua unidade de exploração mineira na República Bolivariana da Venezuela, tendo por isso iniciado uma arbitragem junto do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (vulgarmente denominada “arbitragem de investimento” ou “arbitragem ICSID”)<sup>(3)</sup>. Posteriormente, a Crystallex procurou obter financiamento através da emissão de títulos de dívida no montante de USD 120 milhões destinados ao pagamento a credores e a fazer face às despesas do processo da arbitragem de investimento. Não tendo obtido sucesso nessa operação, a empresa entrou em processo de insolvência e solicitou ao tribunal canadiano que concedesse autorização para obter financiamento alternativo, para ambas as finalidades apontadas. Foi então autorizada a realização de uma operação de financiamento que envolvia a injeção de capital na empresa dirigida a pagamento de credores, desenvolvimento das operações da empresa e promoção da arbitragem de investimento. Neste financiamento, a entidade financiadora (“Tenor Capital”), além de obter diversas garantias para pagamento dos seus créditos, nomeou também dois dos cinco membros do conselho de administração da empresa supervisionada. A particularidade deste financiamento reside na circunstância de uma parcela do financiamento ser objeto de liquidação em termos similares aos financiamentos obtidos nos mercados financeiros (liquidação de capital e juros) e a outra estar submetida ao regime puro do “third party funding”, ou seja, está submetida ao risco associado ao resultado do processo.

**9.** Noutro quadrante, da consideração do modelo “Crystallex” e das dificuldades levantadas à definição do que é um “third party funder” e o que é “third party funding”, decorre a conclusão de que existe uma multiplicidade de formas de financiamento e do

---

<sup>(3)</sup> Regime instituído pela Convenção de Washington para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados de 1965.

tipo de financiadores. Na verdade, equaciona-se a necessidade de estender estes conceitos aos sócios e accionistas que providenciam directa ou indirectamente pelo financiamento de litígios de participadas, aos “hedge funds” que investem em acções numa pura lógica de investimento de risco, a Organizações não Governamentais que dão suporte a causas e até aos próprios advogados que aceitam trabalhar num modelo de “contingent fees” ou “quota litis”.

**10.** De outro lado ainda, pode dar-se uma nota da forma como o investimento é realizado, ou seja, a forma como os financiadores fazem chegar as verbas investidas aos seus financiados. É neste ponto que os advogados e representantes de partes assumem um papel essencial. Quanto aos custos das acções (despesas ou encargos e adiantamento de custas processuais), é facilmente perceptível que as verbas podem ser — e na maior parte das estruturas negociais efectivamente são — liquidadas mediante a apresentação de facturas, sendo o “funder” a entidade que controla os fluxos de pagamento. Da mesma forma, muitas vezes isto sucede com os próprios advogados, que facturam ao “funder” e deste modo acabam por intervir também como parte contratante no contrato de “funding” a celebrar entre financiador e cliente.

Admitem-se também situações em que o “funder”, ao invés de disponibilizar uma linha de crédito para custeamento de despesas, pura e simplesmente faz uma alocação global da verba financiada, sendo o cliente que gere os fluxos financeiros.

**11.** Em suma, os modelos de negócio do financiamento de litígios por terceiros são tudo menos homogéneos e a dinâmica imposta pelos respectivos agentes está longe de se encontrar em marcha lenta de modo que, para o que agora nos interessa, apenas poderemos apontar um traço tendencialmente comum neste modelo de negócio: trata-se de um investimento numa ação (judicial ou arbitral)<sup>(4)</sup> contra uma retribuição que tendencialmente constituirá

---

(4) Prescinde-se aqui do aprimoramento jurídico de se considerar que o que pode ser objeto do negócio não será a “ação” em si mas as pretensões de direitos ali exercidas, de tal forma que não é admissível no nosso direito uma cessão de uma posição jurídico-



uma fracção dos resultados (dos “proceeds”) auferidos pelo financiado.

Sem qualquer surpresa, não é de estranhar que alguns financiadores já se encontrem a invocar esta diversidade de modelos de negócio, provavelmente para desviar a atenção e afastar algumas preocupações e suspeitas que sobre eles são lançadas e para a partir de aí formular outras designações. É desta forma que se ouvem alguns desses agentes falar que o mercado não respeita tanto a “third party funding” mas antes a uma categoria mais abrangente de “litigation finance” (esta envolvendo qualquer tipo de mecanismo de resolução de litígios, não se restringindo ao contencioso).

### III.

#### Desenvolvimento da actividade de financiamento de litígios

12. Se o financiamento de litígios por terceiras entidades tiver de ser definido nos termos abrangentes que são propostos por alguns agentes no mercado, o seu registo histórico provavelmente perder-se-á no tempo, não sendo possível identificar o início desta actividade. Muito seguramente conseguiremos descortinar indícios da sua existência na Grécia Antiga, onde surgem referências à prática da “sykophanteia”, ou no direito romano, onde o “calumniator” (aquele que inicia uma ação em nome de outrem) era alvo de censura. O fenómeno foi tomando mais visibilidade na Idade Média, à medida em que foram sendo desenvolvidas as teorias anglo-saxónicas da “champerty and maintenance”, de acordo com as quais era proibido a sustentação de uma ação por uma pessoa que não tivesse interesse nela (“maintenance”) ou por quem, além disso, pretendesse lucrar com essa ação (“champerty”)(<sup>5</sup>).

---

-processual desacompanhada de uma causa (por exemplo, transmissão de um imóvel em litígio ou cessão de direitos litigiosos).

(<sup>5</sup>) Ver o interessante estudo de MAX RADIN, *Maintenance by Champerty*, 24 *Californian Law Review*, 48 (1935). Para mais desenvolvimentos, cf. JASON LYON, “Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation”, *UCLA Law Review* 571

Na sua configuração moderna, porém, o fenómeno do financiamento de litígios por terceiros é considerado como tendo surgido nos finais dos anos noventa do século passado, desenvolvendo-se como uma forma de financiamento que ultrapassa os constrangimentos legais que se vinham impondo à dita “champerty and maintenance”. Com eventual prejuízo para o rigor da reconstrução histórica e jurídica, pode-se afirmar ter sido um movimento, bem sucedido, de contorno da proibição do referido instituto anglo-saxónico. É compreensível, por isso, que tenha surgido nas jurisdições da “common law”, existindo referências à sua aceitação em Inglaterra e Gales desde 1967, embora a jurisprudência só tenha passado a aceitá-la com valor de precedente no caso *Arkin v Borchard Lines Ltd & Others*<sup>(6)</sup>. Alguns anos mais tarde, esta prática foi expressamente tratada e, de algum modo, suportada, no “Review of Civil Litigation Costs: Final Report” (denominado “Jackson Report on Litigation Costs”), conduzido por Lord Justice Jackson sob comissão do Ministério da Justiça do Reino Unido.

**13.** De todo o modo, a verdadeira revolução na indústria havia começado antes quando, nas vésperas do Natal de 2007, a empresa financiadora Juridica Investments foi admitida à cotação na *London Stock Exchange’s Alternative Investment Market*, sendo posteriormente seguida pela admissão, nessa mesma bolsa, da Burford Capital, o que sucedeu em Outubro de 2009, através do lançamento de uma oferta pública de subscrição com capitalização bolsista de 80 milhões de Libras Esterlinas. Tendo em vista dar apenas uma ideia, o volume de investimentos deste “funder” ascende actualmente a USD 500 milhões.

Actualmente, a prática do “third party funder” é admitida expressamente em várias jurisdições, como a Austrália, Estados Unidos e Inglaterra e Gales, como se viu, sendo também permitida (embora sem expressa previsão legal) no espaço Europeu. Sem pre-

---

(2010), pp. 572 e segs. Quanto à definição de “maintenance and champerty” veja-se “Black’s Law Dictionary” 262 (9.ª ed., 2009).

<sup>(6)</sup> [2005] EWCA Civ. 655, disponível em <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/655.html>>, acedido em 7-12-2015.

juízo, existem ainda outras importantes jurisdições, como Hong Kong, onde o exercício desta indústria levanta fundadas dúvidas<sup>(7)</sup>.

**14.** É também interessante dar nota da evolução das percepções dos “utilizadores” (advogados e empresas financiadas). O inquérito conduzido em 2013 pela “School of International Arbitration” da Universidade Queen Mary em Londres, juntamente com a “Price Waterhouse Coopers”, dava conta de serem poucas as entidades que podiam relatar experiências de “third party funding” (apenas 6% dos inquiridos afirmaram ter tido experiências neste tipo de financiamento e 89% dos inquiridos afirmaram que nos últimos 5 anos não se viram forçados a abandonar arbitragens por si iniciadas devido a falta de financiamento). No inquérito realizado em 2015 pela mesma Universidade, desta feita em conjunto com a “White & Case”, os resultados davam conta de números superiores: 39% dos inquiridos afirmaram ter usado (12%) ou saberem de casos (27%) em que foi usado o financiamento por terceiros, enquanto 51% afirmaram ter conhecimento do que é este modelo de financiamento; dos inquiridos que afirmaram ter recorrido ao financiamento de terceiros, 51% revelaram uma apreciação positiva, contra 18% que relatam ter tido experiências negativas.

**15.** O mercado do financiamento de litígios tem vindo a sofrer uma evolução progressiva também no que toca à intervenção dos advogados e representantes de partes. Onde estes assumiam antes um papel primordial não só na canalização e operacionalização do financiamento, mas também e principalmente na própria obtenção das linhas de financiamento (ou seja, os advogados e sociedades de advogados eram os principais “alvos” canais de comunicação para os “funders”), hoje assiste-se a uma comunicação mais directa e imediata entre os “funders” e as empresas financiadas. Não raros são

---

(7) Em 19 de Outubro de 2015, o Subcomité da Comissão de Reforma da Lei de Hong-Kong emitiu o seu “Consultation Paper” onde se traça o panorama do “third party funding” na região e se aconselham medidas legislativas para introduzir uma expressa autorização do exercício desta actividade — cf. <<http://www.hkreform.gov.hk/en/publications/tpf.htm>>, acedido em 6-12-2015.

os casos em que os advogados deixam de estar vinculados aos termos do contrato de financiamento, o que de certa forma resulta de reivindicações das partes envolvidas em manter a independência própria da profissão de advogado. Contrariamente ao que inicialmente se poderia pensar, estas reivindicações partem não apenas dos próprios advogados mas também dos financiadores que, gradualmente, têm pretendido assumir uma posição de independência e ausência de controlo sobre os destinos da ação financiada.

Naturalmente que esta tendência comercial se verifica em mercados de financiamento mais evoluídos, como o norte-americano ou inglês, nos quais o grau de cultura e informação das entidades financiadas leva tendencialmente a prescindir dos advogados e representantes de parte. Tal não será seguramente o caso de mercados como o Português, onde este modelo negocial é praticamente desconhecido e não poderá dar os seus primeiros passos sem a intervenção daqueles agentes da comunidade jurídica.

**16.** Além do mais, a actividade de “litigation finance” tem-se estendido a outras áreas da actividade jurisdicional. Muitos financiadores realizam já recuperação de créditos, podendo avançar para as fases de execução das decisões ou negociar o seu pagamento directamente com os devedores. E muitos também procedem a variadas formas de *monetização* das decisões, quer através de concessão de crédito com prestação dessas decisões como garantia do mútuo, quer através da própria “compra” das decisões finais, ficando encarregues de executá-las contra o pagamento de um valor que pode variar entre 50% a 70% do “valor facial” dessa decisão.

**17.** Pode-se, portanto, afirmar que esta é uma área da indústria financeira em constante crescimento e expansão. Países como Portugal e outros do mundo lusófono estão seguramente “debaixo do radar” dos mais relevantes investidores<sup>(8)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> Para uma panorâmica do desenvolvimento desta indústria no Brasil, veja-se NAPOLEÃO CASADO FILHO, tese de doutoramento “Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o Novo Paradigma do *Third Party Funding*”, São Paulo, 2014, em publicação.

#### IV.

### Os financiadores e o mercado de financiamento de litígios

18. Não existem presentemente quaisquer dados estatísticos sobre o número de operadores e agentes de financiamento de litígios, nem sobre a dimensão do respectivo mercado. Esta situação é um reflexo da resistência que estes “players” colocam à regulamentação da actividade e, por outro lado, é uma consequência da indefinição do que seja um “third party funder”. Com efeito, há quem pretenda uma concretização dos contornos dessa definição de forma que se torne possível, entre outras finalidades, obter um recenseamento e mapeamento dos financiadores. Porém, outros pretendem que as restrições e preocupações que se levantam à intervenção dos tradicionais “TPF” sejam aplicados genericamente a todo o tipo de financiadores (accionistas, hedge funds, advogados em “contingent fees”, etc.), tornando assim virtualmente impossível afirmar quantos existem.

19. De outro lado, como se abordará mais detalhadamente abaixo, a actividade de financiamento de litígios por terceiros não se encontra sujeita a uma regulamentação específica e, pelo menos no espaço comunitário Europeu e estado-unidense, o exercício da mesma não depende de qualquer licenciamento semelhante ao que é exigido para a actividade bancária e financeira, apesar de pontualmente alguns financiadores terem solicitado e obtido tal licenciamento.

Existem, é certo, iniciativas de corporativização da actividade, onde se assiste a uma tentativa de regulamentação (embora pelo mínimo e em regime de “auto-regulação”). É o caso da “Association of Litigation Funders of England and Wales”, criada por um conjunto de notáveis financiadores (tais como a Burford Capital, Harbour Litigation Funding, Calunius Capital, Vannin Capital e Therium Capital Management, entre outros). Apesar de ter desenvolvido uma base de elementos documentais relevantes, nomeadamente um “Code of Conduct” (aplicável apenas aos seus membros e contendo regras quanto à adequação de capitais, cessação do contrato, celebração de acordos de resolução dos litígios e

sistemas de controlo das acções), e também um mecanismo de reclamação, a verdade é que esta associação está muito longe de congregar todos os financiadores existentes no mercado Inglês, não falando já dos que operam em todo o resto do mundo. Por outro lado, os cerca de dez financiadores estão ali associados numa base voluntária. Significa isto que esta associação corresponde a uma mera fracção (tendo sido já sugerido que se trata de um décimo) do mercado.

No Estados Unidos, existe uma associação paralela (“American Legal Finance Association”) representando cerca de trinta agentes do financiamento de litígios. Também esta associação criou um “Code of Conduct” com um conteúdo que se poderia apelar de rudimentar<sup>(9)</sup>.

Além disso, existem também casos em que os financiadores se encontram listados em mercados regulamentados (é o caso da Burford Capital, que se encontra cotada na Bolsa de Londres), estando por isso submetidos à respectiva supervisão e regulamentação. Contudo, mais uma vez, tal circunstância não se aplica a todos os agentes do mercado.

**20.** Verifica-se ainda outra dificuldade na percepção da dimensão do mercado. Todos os financiadores de litígios conservam estrito e rigoroso sigilo sobre os valores envolvidos nos seus investimentos e sobre o tipo de investimentos que são realizados. A esmagadora maioria de acordos de financiamento de litígios que são conhecidos publicamente resultam do cumprimento de ordens de tribunais judiciais e / ou arbitrais para proceder à revelação da sua existência e da entidade do financiador, representando no entanto uma fracção mínima. E, se bem que alguns agentes detenham fundos e reservas próprias para acudir às necessidades de financiamento das suas operações (em alguns casos são constituídos fundos de investimento, alguns dos quais com apelo à subscrição pública), muitos deles recorrem a formas de financiamento

---

<sup>(9)</sup> Cf. <<http://www.americanlegalfin.com/IndustryBestPractices.asp>>, acedido em 06-12-2015.

externas pontuais e ajustadas às concretas operações a realizar, isto é, em vez de utilizarem fundos próprios, vão ao mercado financeiro obter financiamento da operação que pretendem realizar. Acresce a isto que muitos financiadores asseguram cobertura, junto do mercado segurador, para os riscos envolvidos no financiamento do litígio. Por exemplo, no mercado Londrino, considerando que os terceiros financiadores podem vir a ser responsabilizados pelo pagamento dos custos do processo, a forma que estes encontram de cobrir tais riscos é através da subscrição de apólices de seguro “ATE” (“after the event”).

**21.** Assim, tem sido virtualmente impossível medir e quantificar a real importância desta actividade, estando toda ela coberta por um manto de alguma neblina e diluída por uma série de operações financeiras paralelas. O que se sabe resulta de informações veiculadas sem qualquer substanciação ou documentação. Torna-se assim compreensível que, muito recentemente, os senadores republicanos Norte-Americanos Charles Grassley (Iowa) e John Cornyn (Texas) tenham lançado uma iniciativa de fiscalização do que chamaram “obscure third-party litigation financing agreements”, no âmbito da qual foram inquiridos por carta três “funders” (Burford Capital, Bentham IMF and Juridica Investment) aos quais foram solicitadas uma série de informações, algumas muito sensíveis, como a identificação das entidades financiadas e pormenores do financiamento<sup>(10)</sup>. Esta iniciativa, como seria de esperar, lançou um acesso debate e forte contestação pelos “funders”.

No entanto, a percepção que existe é a de que se trata de um mercado em expansão e alargado a vários níveis da resolução de litígios, tocando cada vez mais novas jurisdições.

Fruto desta expansão e complexidade do mercado, começa a assistir-se ao surgimento de agentes ou brokers especializados

---

<sup>(10)</sup> Cf. <<http://www.grassley.senate.gov/news/news-releases/grassley-cornyn-see-details-obscure-third-party-litigation-financing-agreements>> e resposta da Burford Capital em <<http://www.burfordcapital.com/burford-submits-response-to-us-senators/>>, acedido em 12 de dezembro de 2015.

neste tipo de “produto financeiro”, que tratam de procurar soluções de financiamento de litígios para os seus clientes demandantes. É o caso da “ClaimTrading” que opera no mercado desde 2011.

## V.

### **Problemas e desafios enfrentados na “litigation finance”**

**22.** O aparecimento deste novo tipo de financiamento, directamente ligado a uma acção judicial ou arbitral e dependente do sucesso desta, suscita naturalmente uma certa dose de inquietações e também de desafios.

Com efeito, é um verdadeiro desafio ao sistema de acesso ao direito e apoio judiciário, representando uma ferramenta que permite a partes em dificuldades financeiras exercer os seus direitos que, de outra forma, teriam de ser relegados para um momento de melhor fortuna, ficando dessa forma sujeitas às eventuais consequências do decurso do tempo, nomeadamente ao desaparecimento de meios probatórios e, evidentemente, à prescrição de direitos.

É claro que este é um sistema que não se adapta a todos os litigantes e muitas situações existem que não necessitam deste financiamento inicial, uma vez que as custas processuais, no início do processo, não são substancialmente dissuasoras do recurso aos tribunais (refiro-me, naturalmente, ao caso de Portugal). Por outro lado, em alguns ordenamentos jurídicos, é permitido o recurso ao apoio estatal de acesso ao direito.

**23.** Porém e como acima se mencionou, situações existem em que as partes não dispõem de recursos financeiros para promover uma lide, seja ela de índole judicial, seja arbitral. Reconhecidamente, o recurso à arbitragem levanta mais dificuldades financeiras dado que as partes têm de adiantar preparos de honorários dos árbitros que não são comparáveis aos preparos para custas judiciais.

Além do mais, existem ordenamentos jurídicos, como o Português, onde o apoio judiciário, ou não existe, ou não se estende a



entidades colectivas, ainda que estas se encontrem em regime de insolvência, ou não se aplica à arbitragem.

Se a questão for colocada em sede de arbitragem internacional e, mais concretamente, em sede de arbitragem de investimento, são evidentes as virtudes de um sistema como este. Na verdade e tomando como exemplo os casos de arbitragem de investimento, não raras são as situações em que a entidade demandante é privada (v.g. por expropriação directa ou indirecta) do seu único activo (a sua unidade fabril, a sua empresa de extração mineira, etc.) e recorrer ao mercado bancário e financeiro tradicional é pura e simplesmente inviável dada a ausência de colaterais que possam ser oferecidos ao financiamento. Apenas um financiador com capacidade para avaliar convenientemente o activo consistente num “direito à acção” permite à parte lesada promover o exercício jurisdicional dos seus direitos.

Existe, inquestionavelmente, uma vantagem na promoção do acesso ao direito.

**24.** Além disso, uma empresa pode recorrer a estes esquemas de financiamento apenas como medida de gestão financeira, permitindo libertar recursos financeiros da empresa a outras finalidades. A “litigation finance” surge, assim, como uma ferramenta de sustentação do funcionamento normal das empresas e, como tal, da manutenção de postos de trabalho e criação de valor. Lembre-se que os esquemas comuns de financiamento de litígios não envolvem o risco de reembolso de capital e juros, sendo encarados como um risco do “funder” a fundo perdido.

Noutras ocasiões, ainda, as decisões (judiciais ou arbitrais) podem ser utilizadas como activo e serem objecto de prestação de garantia de um financiamento bancário ou serem eventualmente objecto de um negócio que envolve a “compra” da mesma (cessão de direitos, será o termo jurídico mais adequado).

**25.** Ainda de outro lado, é atribuída ao financiamento de litígios por terceiros uma virtude que consiste na percepção de uma maior seriedade da demanda que é deduzida no processo. Na verdade, como se referiu acima, o financiamento não é feito sem uma

rigorosa avaliação a diversos níveis e a própria realização desse investimento pressupõe um juízo de probabilidade de sucesso.

Dito de outra forma, os “funders” não investem para perder. Como tal, é natural que esteja associada a uma causa financiada uma determinada “presunção de mérito”, a qual não é contrapesada com uma presunção de demérito, caso o financiamento solicitado não seja concedido, uma vez que a decisão de investimento não depende apenas da ponderação da probabilidade de vencimento.

**26.** Todas estes desafios são contrabalançados com as preocupações que se lançam sobre o fenómeno do financiamento de litígios por terceiros.

Com efeito e desde logo, a “presunção de mérito” e a promoção do acesso ao direito a que acima aludi tem como outra face da moeda o risco de aparecimento de pretensões frívolas. Estando financiada de um modo que evita qualquer risco de pagamento do capital que é canalizado para a demanda, podem as partes sentir-se tentadas a recorrer a esse financiamento, ainda que as hipóteses de vencimento sejam menores. Tudo junto, isso poderia significar um aumento da litigiosidade.

**27.** Por outro lado, o surgimento deste modelo de negócio levanta reservas quanto à susceptibilidade de “comoditização” da função jurisdicional. Tem-se dito que, neste modelo negocial, a acção não é tanto um meio destinado à protecção e exercício de direitos mas passa a ser o objecto em si de um negócio.

**28.** Estas considerações não serão aqui objecto de maior desenvolvimento, notando-se apenas que as mesmas poderão ser rebatidas não só em atenção ao nível de diligências de avaliação que são efectuadas antes de ser realizado um investimento, como também em face da circunstância de muitos ordenamentos jurídicos, incluindo de certa forma o Português, admitirem a cessão de direitos litigiosos.

Contudo, estas questões não são de tão difícil apreciação e dilucidação como as que têm estado no centro dos debates que têm ocorrido nos últimos tempos. Na verdade, questões como a defini-

ção do que seja um “third party funder”, se estes devem ser responsabilizados pelos custos finais da acção ou se a existência destes deve levar a presumir a insuficiência económica da parte financiada de modo a justificar a imposição a esta de uma “caução para custas”, estão no centro da literatura jurídica internacional e de decisões recentes de vários tribunais arbitrais. Maior atenção suscita a questão de saber qual o impacto que o financiamento por terceiros tem em matéria de conflito de interesses de árbitros.

É sobre estas questões que irei dedicar algumas linhas.

## VI.

### A definição de “third party funder”

**29.** Definir o que seja um “third party funder” ou “third party funding” consiste numa tarefa que está longe de ser fácil e seguramente ainda não deu lugar a nenhum consenso. As considerações acima vistas quanto às formas segundo as quais um financiamento pode ser estruturado (recorrendo a figuras tão distintas como “equity instruments”, “debt instruments”, transmissão total do direito à acção, para indicar apenas algumas), quanto ao tipo de financiadores (que vão desde o “financiador” puro ao “financiador filantrópico”)<sup>(11)</sup> ou quanto ao nível de participação que o financiador tem no processo (intervenção activa ou simples supervisão), entre outras, introduzem um nível de complexidade acima do esperado.

**30.** Reconhecendo esta complexidade, algumas iniciativas e ou trabalhos realizados avançaram já com propostas de definição. Sem pretensão de exaustão, indico aqui alguns desses exemplos.

Assim, a “ICCA — Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration” propôs a seguinte definição no seu relatório preliminar:

---

<sup>(11)</sup> De que é exemplo a Fundação Bloomberg com a sua “Campaign for Tobacco-Free Kids” que financiou o Estado do Urugai num litígio que opôs este à Philip Morris.

*[a]ny person or entity that is contributing funds or other material support to the prosecution or defense of the dispute and that is entitled to receive a benefit (financial or otherwise) from or linked to an award rendered in the arbitration<sup>(12)</sup>.*

Por seu turno, a recente revisão às “Linhas Orientadoras da IBA Sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional”, ocorrida em outubro de 2014, levou à introdução de menções especiais aos “third party funders” na avaliação de potenciais conflitos de interesses de árbitros nos seguintes termos:

*“If one of the parties is a legal entity, any legal or physical person having a controlling influence on the legal entity, or a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration, may be considered to bear the identity of such party” [“General Standard” 6(b)].*

Na sua explicação, as “Guidelines” apontam o seguinte critério para interpretação deste “General Standard”:

*“When a party in international arbitration is a legal entity, other legal and physical persons may have a controlling influence on this legal entity, or a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration”.*

E acrescentam nesta explicação:

*“For these purposes, the terms ‘third-party funder’ and ‘insurer’ refer to any person or entity that is contributing funds, or other material support, to the prosecution or defence of the case and that has a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration”<sup>(13)</sup>.*

Esta relação especial produz uma situação qualificada na “non-waivable red list” e, como tal, leva a um conflito de interesses inderrogável pelas partes.

---

<sup>(12)</sup> Cf. website <[http://www.arbitration-icca.org/projects/Third\\_Party\\_Funding.html](http://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html)> e relatório acessível em <<http://ssrn.com/abstract=2507461>>, acessido em 7-12-2015.

<sup>(13)</sup> Cf. para todos o texto acessível em <[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)>, acessido em 7-12-2015.

O acima indicado “Jackson Report” também contém uma definição de “third party funding”:

*The funding of litigation by a party who has no pre-existing interest in the litigation, usually on the basis that (i) the funder will be paid out of the proceeds of any amount recovered as a consequence of the litigation, often as a percentage of the recovery sum; and (ii) the funder is not entitled to payment should the claim fail<sup>(14)</sup>.*

No contexto da proposta da Comissão da União Europeia para o TTIP Transatlantic Trade and Investment Partnership foi apresentada também uma definição do fenómeno:

*“Third Party funding” means any funding provided by a natural or legal person who is not a party to the dispute but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings in return for a remuneration dependent on the outcome of the dispute or in the form of a donation or grant<sup>(15)</sup>.*

Nos termos desta proposta, a presença de um tal acordo de “third party funding” dá origem à obrigação de revelar a existência do financiamento, da identidade do financiador e da sua morada (cf. art. 8.º do “draft”).

**31.** Pelo lado dos investidores, as reticências em providenciar uma definição estão ligadas à sua resistência à regulamentação que se avizinha. Com efeito, pelo que se consegue apurar à data de hoje, não existe nenhum “funder” que indique uma definição do que seja a sua actividade, ainda que meramente para efeitos de estudo. Estas reticências são compreensíveis em atenção aos interesses que estão em jogo e, sobretudo, à sua aplicação distorcida que por vezes tem sido realizada.

---

<sup>(14)</sup> Cf. “definições”, p. xv.

<sup>(15)</sup> Cf. art. 1.º da Secção 3 dedicada à resolução de disputas do Capítulo II — Investimentos, do “draft” da Comissão para o TTIP — Transatlantic Trade and Investment Partnership, acessível em <<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>>, acedido em 7-12-2015.

**32.** Não cabe aqui elaborar neste conceito nem avançar qualquer definição. Contudo, julgo que se justificam algumas palavras de índole genérica.

Parece-me existir alguma correlação entre a necessidade de definir e a oportunidade de regular. Com efeito, são cada vez mais (e com mais intensidade) as vozes que se levantam contra a ausência de regulamentação desta actividade, tendo a mesma sido já apelidada de uma zona de “no man’s land”<sup>(16)</sup>. Com mais razão do que sem ela, não subsistem dúvidas que a intervenção dos “third party funders” na cena da resolução de litígios, mais precisamente em arbitragem internacional e de investimentos, suscita inquietações e exclamações. Como se anunciou acima, conflitos de interesses com árbitros, repartição e responsabilidade pelos custos, obrigações de sigilo e confidencialidade e relações com advogados das partes, entre outros intrincados problemas, levam a que se reivindique a necessidade de regular.

Ora, para regular é necessário saber o que se regula, o que implica necessariamente a sua definição. Mas, “primeiro vemos e depois definimos”<sup>(17)</sup>, o que de certa forma pressupõe que possamos detectar a realidade que vamos definir, ainda que esta tarefa possa ser quase instantânea<sup>(18)</sup>.

Ainda se acrescenta: só se torna necessário regular, e em consequência definir, o que suscita preocupações e o que leva a impulsionar a regulação. Sendo assim, há que perscrutar de onde resultam as preocupações.

Parte-se agora para uma pressuposição não testada mas meramente intuída: apenas suscita preocupação um modelo de financiamento que outorgue ao financiador um controlo sobre a acção de forma irrazoável.

---

<sup>(16)</sup> Ver CATHERINE A. ROGERS, *Ethics in International Arbitration*, Oxford, 2015.

<sup>(17)</sup> Contraria-se assim, de certa forma, a postulação de WALTER LIPPMANN, em “Public Opinion”, 1961, p. 81, segundo a qual, na maior partes das vezes, primeiro definimos e depois vemos.

<sup>(18)</sup> Não raras são as ocasiões em que temos dificuldade de definir algo que nos é proposto, mas assim que vimos o objecto da definição, somos capazes de imediatamente identificar essa realidade com o conceito solicitado.

Daqui parece resultar um raciocínio circular, mas que, em rigor, tem tão de inevitável como de coerente.

Trata-se, assim, da questão de saber que tipo de controlo estará na pressuposição da definição.

Isto, como se intui facilmente, pressupõe uma fase de investigação “no campo” que leve a concluir sobre os concretos contornos dos modelos de negócio que são propostos e implementados junto dos diversos agentes económicos. Esta tarefa não se realiza sem entrar no “coração” da actividade dos “funders” e sem que estes forneçam alguns elementos atinentes aos níveis de controlo e de poder que exercem sobre financiados, o que, por razões perceptíveis, não tem ocorrido.

Destas considerações podemos vir a ter de excluir do âmbito da definição modelos de financiamento como o “financiador filantrópico”, que se limita a fornecer fundos sem deter qualquer controlo ou sequer supervisão sobre a acção. De igual modo cairiam fora desta definição todos aqueles que se limitam a ter na acção um interesse muito remoto, como determinadas categorias de “hedge funding” ou financiamentos bancários regulares e reembolsáveis.

Contudo, casos em que os “funders” providenciam pelo capital necessário à promoção da acção e detêm o poder de influenciar a estratégia e decisões a tomar no processo, da mesma forma que se poderão desvincular do acordo de financiamento, constituem formas de controlo da acção que suscitam preocupações e, como tal, podem ser enquadradas no modelo de definição.

**33.** É evidente que, se perguntados directamente, todos os “funders” irão recusar qualquer ideia de controlo sobre o processo. Segundo eles, não existe o poder de indicar advogados ou árbitros — no que até se concede, pois muitos financiamentos são procurados e obtidos com o processo já “em andamento” — mas podem emitir opinião sobre a forma como está a ser conduzido o caso e, por vezes, têm o direito de se desvincular do financiamento se o processo tomar um rumo “comercialmente inviável”. A ideia apresentada pelos “funders” é a de que estes não gerem o processo e a sua intervenção é de uma mera “observação”. No entanto, não raro os “funders” acompanham os trabalhos dos julgamentos, inte-

grando as respectivas equipas de advogados. Quando as partes se dispõem a celebrar acordo para colocar termo ao processo, os financiadores impõem a sua presença e opinião como forma de salvaguardar os direitos que contratualmente acertaram com as partes financiadas: será natural que o financiador queira ter uma palavra a dizer quanto à forma, conteúdo e oportunidade de uma transacção<sup>(19)</sup>.

**34.** Esta última observação deveria impulsionar o esforço de definição no sentido contrário ao que tem sido levado pelos “funders”: uma definição de “third party funder” que esteja ligada ao controlo do processo, se é certo que lhes pode atribuir responsabilidades (por exemplo, quanto ao pagamento dos custos da acção), pode no entanto conferir-lhes o direito de intervir no processo em fases cruciais como a condução do processo ou a celebração de acordo, de forma a eficazmente fazerem valer os seus direitos e interesses. Aparentemente, porém, a experiência revela que os “funders” não estão tão preocupados com este “upside” como estão com o “downside” das situações que abaixo se aflorarão.

**35.** Por outro lado, o trabalho de definição não se faz sem aplicar convenientemente alguns princípios jurídicos fundamentais, como o da separação de personalidades ou o do fenómeno da representação jurídica. Nestes termos, não fará sentido falar de “third party funder” no domínio do desenvolvimento da advocacia: o advogado, como procurador e representante que é da parte, detendo poderes de vinculação da parte representada, não pode deixar de ser considerado como a própria parte e, como tal, nunca pode ser considerado como “terceiro”. Do mesmo modo, fenómenos de financiamento “intra-grupo” de sociedades também devem levar à unificação da identidade de pessoas colectivas (recorde-se que, no nosso direito, a sociedade “mãe” que detenha a totalidade

---

<sup>(19)</sup> Como seria de esperar, existem experiências não documentadas de situações em que as partes financiadas não só obstam à intervenção dos “funders” como chegam mesmo ao ponto de resolver o contrato de financiamento como forma de evitar o pagamento da quota do “funder”.



do capital da sua participada, responde pelas dívidas desta): há uma verdadeira identidade de pessoas e não tanto uma “terceirização” do financiamento. O mesmo raciocínio leva a considerar que modelos semelhantes ao caso “Crystallex” não são verdadeiros “third party funding” mas afinal verdadeiras estruturas complexas de “private equity” e “recursive financing”.

**36.** Numa linha, haverá que recolher elementos de ordem factual mas tudo aponta para que a definição deva ser traçada em cima da apreciação do grau de controlo que o financiador tem sobre o processo financiado. Relevante para determinar essa definição é um controlo sobre o processo cuja intensidade leve a considerar a situação como geradora de necessidade de regular.

## VII.

### Os “Third Party Funders” e os conflitos de interesses dos árbitros

**37.** O desenvolvimento da actividade e importância dos “funders” tem levado a que alguns agentes da arbitragem venham a integrar-se na estrutura destes, seja como consultores para avaliação de risco, seja como sócios ou associados, seja como meros membros dos órgãos sociais. Alguns dos nomes mais representativos da profissão de árbitro abraçaram já este tipo de desafios. Nesta situação, não raro tem sido afirmado que tais agentes deveriam ser inibidos de participar, como árbitros, em qualquer tipo de arbitragem que seja, independentemente de serem financiadas ou não pela instituição financeira a que pertencem.

Não irei tão longe, muito pelo contrário.

Mas é evidente que existem preocupações ligadas aos possíveis conflitos de interesses com árbitros.

**38.** Parece na verdade óbvio que uma determinada pessoa não pode servir como árbitro num caso que seja financiado por uma instituição para a qual trabalhe ou tenha trabalhado num pas-

sado recente: essa pessoa tem um interesse directo e imediato no resultado da acção e, se não tem, ao menos isso parecerá aos olhos de qualquer parte minimamente formada e informada.

A situação de conflito de interesses pode também ocorrer quando um árbitro é repetidamente nomeado pelo mesmo advogado ou sociedade de advogados que é financiada pelo mesmo terceiro financiador.

De igual forma, o conflito pode surgir quando uma parte é financiada num caso em que o árbitro presta serviços como advogado num outro caso completamente independente mas que é igualmente financiado pelo mesmo financiador. Repare-se que neste último caso, os honorários do advogado estão a ser directa ou indirectamente pagos pelo financiador e é natural que, nessa qualidade, tenha contactos substancialmente relevantes com o advogado, que é árbitro no outro processo.

**39.** Por esta razão, a tendência crescente dos tribunais arbitrais, que aliás está em linha com as “IBA Guidelines”, tem sido justamente ordenar que as partes revelem ao tribunal se obtiveram financiamento de terceiras entidades para a acção em questão. E esta tendência aponta para que a revelação seja feita o mais brevemente possível no processo.

Recentemente, um tribunal arbitral ordenou ao Demandante que confirmasse se efectivamente a sua demanda se encontrava a ser financiada por terceiro e, no caso afirmativo, que fornecesse ao tribunal a identidade e elementos de identificação do financiador e, mais ainda, os detalhes do acordo de financiamento alcançado, incluindo se e em que medida o financiador poderá partilhar os resultados da acção<sup>(20)</sup>.

A justificação para tal ordem baseou-se nos poderes de que o tribunal arbitral dispõe para conduzir o processo e para manter a integridade do mesmo, na provável apresentação de um requeri-

---

<sup>(20)</sup> Ordem processual n.º 3 de Julian Lew, de 12 de junho de 2015, no caso Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan (ICSID Case n.º ARB/12/6), acessível em <<http://www.italaw.com/cases/documents/3173>>, acedido em 7-12-2015.

mento do demandado para que a demandante providenciasse por uma caução para os custos do processo e na circunstância de, caso o demandante perdesse a acção e tivesse de arcar com os custos da mesma, ele não ter capacidade de suportar tais encargos e o terceiro financiador poder “desaparecer” por não ser parte no processo.

Consegue-se perceber aqui uma das principais razões pelas quais os “funders” têm lutado contra a formulação de uma definição de “third party funding” e as dificuldades de encontrar tal definição: que tipos de financiamentos ou de financiadores devem ser revelados?

## VIII.

### **Third party funders e sigilo profissional de advogados**

**40.** Desligado do problema anterior surge a questão da confidencialidade e do chamado “attorney-client privilege”.

Como resulta evidente pela descrição do modelo de negócio, a realização de um investimento pressuporá que, tarde ou cedo, o terceiro financiador venha a ter acesso a um manancial de informação do prospectivo financiado, o que fará quer directamente através de informação e documentação que lhe é fornecida pela parte financiada, quer eventualmente pelo próprio advogado ou sociedade de advogados.

A questão coloca-se porque, justamente, em muitas jurisdições, a revelação destas informações e documentos pode implicar uma renúncia à confidencialidade e ao privilégio “advogado-cliente”, ao passo que noutras os “third party funders” estão incluídos no círculo do “common interest” que não permite considerar levantados tais privilégios (é o caso do Reino Unido).

**41.** Teoricamente, onde o privilégio de comunicações cliente-advogado não se aplique e, paralelamente, onde seja admitida com razoável extensão a obtenção de documentos e informações em poder da parte contrária ou de terceiros, a parte que requeira a pro-

dução de tais documentos e informações poderá ter acesso a informações cruciais para o desenvolvimento do caso.

Mais periclitante é a situação em que numa arbitragem internacional duas ou mais partes e respectivos advogados estão sujeitos às respectivas regras deontológicas, as quais consagram regimes díspares quanto à confidencialidade e ao privilégio advogado-cliente. Poder-se-á admitir que tais privilégios sejam rompidos a favor de uma das partes, mas já não a favor da outra?

## IX.

### **Custos, responsabilidade pelos custos e caução para custos**

42. As questões ligadas aos custos dos processos e à responsabilidade pelo pagamento dos mesmos constitui provavelmente o foco de dúvidas que mais aceso debate tem suscitado no domínio da arbitragem internacional no que toca aos “third party funders”.

Dois dos principais problemas neste domínio estão interligados em torno de uma realidade simples: a chamada “impecuniosidade” ou incapacidade de uma das partes fazer face ao pagamento dos custos envolvidos numa arbitragem. Este fenómeno leva a duas ordens de problemas. Primeiro, cumpre saber se a existência de um *third funder* é indício ou presunção da incapacidade da parte financiada suportar os custos que para si resultarão da provável sucumbência na acção e, como tal, saber se é motivo fundado para exigir dela que apresente uma caução ou garantia para custos. Em segundo lugar, há que determinar em que medida o próprio “funder” pode vir a ser directamente responsável perante a parte (não financiada) e vencedora caso a esta lhe seja conferido o direito de recuperar os custos e despesas em que razoavelmente incorreu.

Esta última hipótese, adiante-se desde já, parece uma verdadeira aberração em face da circunstância de um “third party funder” ser isso mesmo — “terceiro” na acção — e, como tal, não estar abrangido pela jurisdição do tribunal nem pelo efeito do caso julgado. No entanto, como veremos, a hipótese não é tão remota no campo internacional.

Lateralmente, discute-se também a repercussão que pode ter um financiamento por terceiras entidades no cálculo final das custas processuais: devem os encargos com este financiamento serem levados em conta como “despesas” razoáveis da parte que se torna credora da outra pelo reembolso dos custos? Ou, ao invés, tratam-se de custos que a parte vitoriosa, efectivamente, não teve de suportar? Alternativamente, levanta-se ainda uma hipótese mais arrojada: pode uma parte vencedora recuperar da parte vencida a fatia que coube ao “third party funder” como resultado da responsabilidade por custos do processo?

**43.** No panorama da arbitragem internacional, é geralmente aceite que os tribunais arbitrais podem ordenar uma divisão e responsabilidade por custos baseada no princípio “costs follow event” (isto é, a parte que deu causa paga), mas podem também alterar essa regra.

Pode-se para isto dar o exemplo do “English Arbitration Act” de 1996, o qual prevê o estabelecimento desse princípio, com faculdade de “costs shifting”:

- (1) The tribunal may make an award allocating the costs of the arbitration as between the parties, subject to any agreement of the parties.
- (2) Unless the parties otherwise agree, the tribunal shall award costs on the general principle that costs should follow the event except where it appears to the tribunal that in the circumstances this is not appropriate in relation to the whole or part of the costs — cf. Section 61.

De forma idêntica, várias regras arbitrais de relevo adoptam o critério de que o “custo segue o evento” ou, pelo menos, deve ser baseado no grau e proporção do sucesso obtido, a não ser que circunstâncias particulares justifiquem diferente distribuição: são os casos da Regras UNCITRAL, da LCIA e da DIS<sup>(21)</sup>. Outras regras,

---

(21) Cf. art. 42.º das Regras UNCITRAL (‘costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party’), art. 28.º, n.º 4 das Regras da London Court of International of Arbitration (‘costs should reflect the parties’ relative success and failure in the

como por exemplo a do art. 61.º, n.º 2 das regras ICSID de arbitragem, do art. 37.º, n.º 5 das regras da International Chamber of Commerce (ICC) ou do art. 31.º, n.º 1 do Singapore International Arbitration Centre (SIAC), conferem ao tribunal arbitral ampla discricionariedade nesta matéria.

**44.** No contexto nacional, o n.º 5 do art. 42.º da Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro de 2011) dispõe que:

*A menos que as partes hajam convencionado de outro modo, da sentença deve constar a repartição pelas partes dos encargos directamente resultantes do processo arbitral. Os árbitros podem ainda decidir na sentença, se o entenderem justo e adequado, que uma ou algumas das partes compense a outra ou outras pela totalidade ou parte dos custos e despesas razoáveis que demonstrem ter suportado por causa da sua intervenção na arbitragem.*

De idêntica forma, o n.º 3 do art. 48.º do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa permite ao tribunal arbitral “decidir o modo de repartição dos encargos de arbitragem, atendendo a todas as circunstâncias do caso, incluindo o decaimento e o comportamento processual das partes”.

**45.** É em consideração desta discricionariedade atribuída aos tribunais arbitrais que tem sido colocada a questão de saber qual a relevância da existência de um terceiro financiador da disputa. Simplisticamente, a questão consiste em saber se a parte que prevaleça na arbitragem e que tenha sido financiada por um terceiro, pode imputar os custos e despesas “financiados” no rol de

---

award or arbitration or under different issues, except where it appears to the Arbitral Tribunal that in the circumstances the application of such a general principle would be inappropriate under the Arbitration Agreement or otherwise’) e art. 35.º, n.º 2 das Regras do German Institute of Arbitration (‘[i]n principle, the unsuccessful party shall bear the costs of the arbitral proceedings’, but the tribunal may order each party to bear its own costs or apportion the costs between the parties, in particular, where each party is partly successful and partly unsuccessful).

custos e despesas a recuperar junto da parte perdedora. Neste domínio, embora a tendência seja a de dar relevância a tais custos, existem algumas exceções.

Assim, no caso *Kardassopoulos v. Georgia*<sup>(22)</sup>, o investidor obteve ganho de causa e pediu ao tribunal arbitral que condenasse a República da Georgia a reembolsá-lo dos custos que teve com o financiamento e os custos que o terceiro financiador avançou em nome dele. A República da Georgia contestou tal pedido dizendo que tais custos não foram incorridos pela parte financiada (investidor) mas integralmente suportados por uma terceira entidade numa base não reembolsável, pelo que o investidor não tinha qualquer direito de os reclamar. O tribunal arbitral, em passagem que se tornou citada frequentes vezes<sup>(23)</sup>, decidiu condenar a República da Georgia a esse pagamento, dizendo que:

*The Tribunal knows of no principle why any such third party financing arrangement should be taken into consideration in determining the amount of recovery by the Claimants of their costs.*

Em linha com esta decisão está o caso *Siag and Vecchi v. Egypt*<sup>(24)</sup> no qual a firma de advogados do investidor (King & Spalding) havia agido na base um “contingent fee agreement” mas o investidor veio pedir o reembolso de um montante a título de honorários, calculados com base numa tarifa horária, sem qualquer factura ou discriminação de quantidades. O tribunal arbitral aceitou este critério e ordenou ao Egipto o pagamento de tais honorários.

---

<sup>(22)</sup> Cf. *Kardassopoulos & Fuchs v. The Republic of Georgia*, casos ICSID n.ºs ARB/05/18 e ARB/07/15, sentença de 3 de Março de 2010, acessível em <<http://icsid.worldbank.org>>, acedido em 10 de Dezembro de 2015.

<sup>(23)</sup> Cf. *RSM Production Corporation v. Grenada*, caso ICSID n.º ARB/05/14, ordem de 28 de abril de 2011, § 68 (em procedimento de anulação) e *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, caso ICSID n.º ARB/08/2, ordem de 11 de julho de 2011, § 34 (procedimento de anulação), ambos disponíveis em <<http://icsid.worldbank.org>>, acedidos em 10 de Dezembro de 2015. Cf. também a decisão final de 1992 no Caso ICC n.º 7006, que adoptou uma visão semelhante (caso *Supplier v. First Distributor, Second Distributor*, 4 ICC Bull., maio 1993, 49).

<sup>(24)</sup> Cf. *Siag and Vecchi v. República Árabe do Egipto*, caso n.º ICSID ARB/05/15, sentença de 1 de junho de 2009.

46. Do outro lado deste espectro está um caso em que o tribunal arbitral considerou que o facto de a parte vencedora ter sido financiada por terceira entidade não lhe outorgava qualquer direito de ser reembolsada pelos custos que haviam suportado com o processo. No caso *Quasar de Valores v. Russia*, o tribunal arbitral considerou que o “funder” havia financiado a totalidade dos custos e despesas da acção e, dado que não tinha qualquer direito, face à parte financiada, de recuperar esses mesmos custos, negou tal pretensão<sup>(25)</sup>.

Não obstante a eloquência e autoridade dos árbitros deste caso, a verdade é que a orientação maioritária vai no sentido de considerar irrelevante o facto de os custos terem sido financiados directamente pelo “funder” e, portanto, de considerar que o financiado tem direito a incluir na sua “conta de custas” o que houver sido pago pelo financiador.

47. Além do mais, pode-se também questionar se se devem considerar incluídos no conceito de “custos” não só os honorários “condicionais” de advogados (isto é, que são devidos apenas no caso de o cliente obter sucesso na causa) mas também determinadas modalidades de prémios de seguros “after-the-event” que são suportados como forma de garantir os gastos e investimentos em custos que são realizados pelos terceiros financiadores<sup>(26)</sup>. Embora esta susceptibilidade da recuperação tenha sido admitida no Reino Unido (e seja admitida com restrições nos Estados Unidos), a tendência parece ser a de ver afastada tal possibilidade.

---

<sup>(25)</sup> Cf. *Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. Federação Russa*, Arbitration SCC n.º 24/2007, decisão de 20 de julho de 2012, § 223, acessível em <<http://cisarbitration.com/wp-content/uploads/2013/02/Quasar-de-Valores-SICAV-S.A.-v-the-Russian-Federation-SCC-Arbitration-Award-dated-20-July-2012.pdf>>, acedido em 10 de dezembro de 2015.

<sup>(26)</sup> O risco típico associado a estes seguros consiste justamente no seu reembolso que ocorrerá apenas quando o segurado sai vencedor na demanda.



## X.

### A extensão da responsabilidade pelos custos a terceiros financiadores

48. A questão que agora se coloca e que vive “paredes meias” com a anterior é saber até que ponto um terceiro financiador pode ser directamente responsável pelos custos do processo e, conseqüentemente, ser condenado a pagar os custos da parte vencedora e de todo o processo. A ideia parece um oxímoro: se a parte é terceira à causa, não está submetida à jurisdição do tribunal e ao efeito do caso julgado, como pode ser condenada a pagar?

A mera sugestão parece repugnar ao jurista da “civil law”. Mas a verdade é que existem já casos em que os “third party funders”, não obstante serem partes terceiras à causa, foram obrigados a pagar os “adverse costs” por causa do grau de controlo e interesse que tinham na acção. Com efeito, no famoso caso “Excalibur”, o juiz inglês ordenou ao “third funder” que pagasse os custos do processo<sup>(27)</sup>.

Este caso já tinha um precedente (*Arkin v. Borchard Lines Ltd. & outros*)<sup>(28)</sup> onde o juiz teve ocasião de afirmar que:

*where (...) the non-party not merely funds the proceedings but substantially also controls or at any rate is to benefit from them, justice will ordinarily require that, if the proceedings fail, he will pay the successful party's costs.*

Nos Estados Unidos da América também se verificou já um caso em que o terceiro financiador foi condenado ao pagamento dos custos do processo<sup>(29)</sup>.

---

(27) Cf. *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc. & Ors v. Psari Holdings Limited & Ors*, High Court de Inglaterra (Queen’s Bench, Commercial Court), ordem de 23 de outubro de 2014, caso n.º 2010, fls. 1517, [2014] EWHC 3436, § 4, 161.

(28) Cf. “*Arkin v. Borchard Lines Ltd. & others*”, Court of Appeal de Inglaterra, sentença de 16 de maio de 2005 [2005] EWCA Civ. 655.

(29) Cf. “*Abu-Ghazaleh v. Chaul*”, 3.º District Court of Appeal da Florida, decisão de 2 de dezembro de 2002, n.ºs 3D07-3128, 3D07-3130, 36 So. 3d 691.

49. A ideia, como se disse, parece repugnar. Porém, há que deixar duas notas.

Em primeiro lugar e desde logo, os casos citados respeitam, sem excepção, a situações ocorridas perante os tribunais judiciais de duas jurisdições da “common law”, onde o poder do juiz parece, à partida, ter um grau de eficácia e coercibilidade bastante superior ao que será de esperar de um tribunal arbitral. Ali, é possível admitir que o juiz seja capaz de estender o *jus imperii* do aparelho judicial a entidades que não façam parte do processo. Lembre-se que, embora sem esta amplitude, até no nosso sistema jurídico se admite que o juiz ordene determinados comportamentos a quem não faz parte do processo (v.g. prestação de informações ou envio de documentos) ou admita mesmo a sua intervenção (através do incidente de intervenção de terceiros provocada).

Em segundo lugar e independentemente destas considerações, é importante não esquecer os dados da equação que foi ali delineada: o terceiro financiador tinha um grau de controlo e interesse no caso que justificaram a extensão da obrigação de pagar os custos do litígio.

Como acima se deixou referido, a ideia de controlo de uma acção ou disputa serve de pedra de toque para vários efeitos. A definição do conceito é um deles. A extensão da eficácia do processo será outra. Subjacente a esta extensão — que boa parte da doutrina e jurisprudência estrangeiras (e, no plano teórico, também a nacional) já vem admitindo para a própria jurisdição e competência do tribunal<sup>(30)</sup> — pode estar a aplicação de um princípio “ubi commoda ibi incommoda”: quem beneficia de um determinado leque de utilidades que o direito lhe proporciona, também poderá ter de se submeter às consequências negativas de um uso que, sendo admissível, pode no entanto ser exagerado.

Julgo que terá sido o exagero no controlo e interesse que esteve na base de decisões como a do caso “Excalibur”.

---

<sup>(30)</sup> Cf. quanto à extensão da convenção de arbitragem a terceiros, DUARTE G. HENRIQUES, ‘A extensão da convenção de arbitragem no quadro dos grupos de empresas e da assunção de dívidas: um vislumbre de conectividade’, Revista da Ordem dos Advogados, ano 74, n.º 1, jan-mar 2014, pp. 141-179.

É verdade que os tribunais arbitrais ainda não produziram decisões conhecidas neste sentido, mas trata-se de um tema a acompanhar com atenção.

## XI.

### “Third party funders” e “security for costs”

**50.** De uma forma geral, a esmagadora maioria das leis nacionais e das regras de arbitragem admitem que os tribunais arbitrais gozam do poder inerente de conduzir o processo de forma eficiente e dirigida à prolação de uma decisão em tempo útil e, em conjugação com tal poder, que desfrutam também da capacidade de ordenar às partes a prática de determinados comportamentos, o que fazem, entre outros, através de ordens preliminares ou medidas cautelares. Entre tais ordens e medidas encontra-se, embora com carácter muito extravagante, a prestação de uma caução para custos (“security for costs”).

Uma medida desta natureza equaciona-se em face de situações, de excepcional verificação, em que após o despoletar do processo, se consegue perceber que uma das partes poderá vir a perder a causa, que tenha de suportar os custos decorrentes desse decaimento e que, além disso, não tenha capacidade para liquidar efectivamente tais custos. A experiência surgida dos poucos casos em que tais ordens surgiram apontam também para uma prática ou um historial censurável da parte de quem se requer a prestação dessa caução.

**51.** As circunstâncias em que surge a questão da prestação de uma “security for costs” são pouco ou nada consentâneas com a posição de demandada numa acção arbitral. Na verdade, qualquer parte que inicie uma acção arbitral, atenta a estrutura de custos normalmente envolvida, tem que contar que corre sobre ela o risco de a parte contrária não ter meios de custear as despesas da lide. Isto é de tal forma correcto que a maior parte dos “demandantes” por vezes fazem contas ao pagamento da sua parte dos custos da arbitragem e, também, aos da parte contrária.

Mas a questão muda de figura quando se fala de uma parte demandante, que é recalcitrante no incumprimento de anteriores condenações em custas e que, além disso, apresenta também um historial de repetidas acções arbitrais que são instauradas sem fundamentos sérios.

Foi justamente este o enquadramento que esteve na origem de uma recente e famosa decisão de um tribunal arbitral de protecção de investimento que ordenou à demandante a prestação de caução para os custos da acção arbitral.

Com efeito, no caso *RSM Production Corporation v. Santa Lucia*, o tribunal arbitral considerou todos estes elementos e ordenou que a RSM apresentasse uma caução para custas<sup>(31)</sup>. Neste caso, a RSM Production Corporation, representada, entre outros, pelo Snr. Jack J. Grynberg, iniciou um processo de arbitragem “ICSID” contra Santa Lucia formulando um pedido de condenação por danos causados por um invocado incumprimento de um contrato de concessão de uma exploração petrolífera. Porém, os fundamentos não pareceram muito sérios ao tribunal — ou pelo menos com muitas hipóteses de sucesso — e, mais concretamente, o dito Snr. Grynberg tinha já um historial de repetido incumprimento de decisões anteriores respeitantes a custas. O tribunal arbitral receu então que o demandante não tivesse hipóteses de mais tarde custear as despesas de uma lide que ele próprio iniciou e que não teria meios de reembolsar a parte contrária.

De todo o modo, o certo é que a falta de capacidade para suportar os custos da acção — tarefa sempre de difícil concretização e que não se basta com a simples análise dos documentos de ordem financeira e contabilística da parte em questão — foi neste caso, segundo o tribunal arbitral, facilitada pela consideração da presença de um *third party funder*, dando apoio a uma certa presunção de insuficiência económica (não expressada pela decisão maioritária mas confessada pelo árbitro Gavan Graffith, QC na sua inusitada “assenting opinion”, verdadeiramente pioneira do ponto

---

<sup>(31)</sup> Caso ICSID n.º ARB/12/10, acessível em <<http://www.italaw.com/cases/2706>>, acedido em 10 de dezembro de 2015.

de vista procedimental)<sup>(32)</sup> que justificava um sério receio de que uma futura decisão quanto a custos não viesse a ser cumprida.

Apesar de existir alguma “jurisprudência” que adota uma visão mais conservadora a este respeito, a verdade é que a “*assenting opinion*” de Gavan Griffith e a presunção que ela encerra fizeram correr rios de tinta e deram origem à publicação de vigorosas e contundentes críticas vindas, claro está, do mundo dos “*third party funders*”. Compreende-se que a ideia tenha tanto de sedutora como de perigosa, o que é uma combinação recorrente. Será sedutora por facilitar e reconfortar uma decisão que se tenha de ancorar na incapacidade financeira de uma das partes. Mas não contém um silogismo de sinal apodítico, dada a variedade de situações que poderão justificar que uma parte recorra a um financiamento exterior. E por essa razão é perigosa, por generalizar o que deve ser particularizado.

## XII.

### Ausência de regulamentação

52. O problema que se coloca como pando de fundo de todas as preocupações a que atrás se aludiram reside na ausência de regulamentação.

Alguns segmentos da comunidade arbitral internacional requerem a regulação para esta actividade onde se misturam “*gamblers, loan sharks, and third party funders*”, assinalando que se trata de uma “*ethical no man’s land*”<sup>(33)</sup>. A circunstância de um mecanismo de resolução de litígios (e, como tal, de realização da Justiça) ser encarado não como um meio mas como um “*activo*” não deixa os intervenientes menos desconfortáveis.

---

<sup>(32)</sup> Veja-se a passagem em que afirma “*my determinative proposition is that once it appears that there is third party funding of an investor’s claim, the onus is cast on the claimant to disclose all relevant factors and to make a case why security for costs orders should not be made*” (§ 18 do seu voto de concordância).

<sup>(33)</sup> Nas expressões de CATHERINE A. ROGERS, *in* ‘Ethics in International Arbitration’, Oxford, 2014, pp. 209 e segs., onde é traçada uma excelente perspectiva da necessidade e oportunidade de regulamentação deste mercado.

Como foi visto acima, a única regulamentação que é conhecida (além da inexpressiva iniciativa norte-americana) foi avançada pela Association of Litigation Funders of England and Wales.

Porém, esta regulamentação é minimalista e, além disso, é o resultado de uma “auto-regulação”. No fundo e em bom rigor, contém aquilo que os “funders” estão dispostos a aceitar para si mesmos, não cobrindo boa parte das preocupações que resultam das questões anteriormente equacionadas.

Sem surpresa, quando as recentes alterações introduzidas nas “IBA Guidelines on Conflict of Interests in International Arbitration” foram publicadas com menções relevantes aos “third party funders” (versão de 2014), não faltaram protestos e críticas à solução que foi alcançada.

Os terceiros financiadores, como se pode antever facilmente, não pretendem regulação alguma ou, pelo menos, não pretendem regulação que não se aplique ao que por eles é referido como uma categoria indiscriminada de financiadores, como accionistas, filantropos, etc., e ainda assim reivindicam não mais que uma regulamentação limitada a aspectos mínimos. Em bom rigor, não pretendem mais do que já existe e que é pouco ou mesmo nada.

**53.** Torna-se evidente que aqui reside o maior desafio à actividade do financiamento de litígios por terceiros. A expansão da sua utilização pelas entidades litigantes conduzirá inevitavelmente a uma regulamentação com maior grau de detalhe que o actualmente existente. Muito provavelmente ainda não estão criadas as condições de desenvolvimento da ciência jurídica para apontar um caminho seguro quanto a determinados aspectos relevantes. Exemplo disso será o feixe de soluções a dar às questões ligadas aos custos da arbitragem e responsabilidade do “funder” por esses custos. No entanto, o estado do conhecimento já desenvolvido permitirá, com uma certa dose de segurança, avançar para a definição do conceito de “third party funder”<sup>(34)</sup>, para a matéria das relações entre “funders”, financiados e advogados no que toca ao sigilo profissio-

---

<sup>(34)</sup> Com eventual apoio de recolha de elementos e dados, tal como acima sugerido.

nal e, também, para a matéria da revelação de existência de financiamento tendo em vista os efeitos de possíveis conflitos de interesses. Neste último aspecto, é interessante notar que os tribunais arbitrais estão já a desenvolver uma “jurisprudência” dirigida a essa revelação, ainda que com variações no que toca ao conteúdo da informação a revelar.

**54.** Além disso, à medida que o modelo negocial for avançando para segmentos de mercado menos sofisticados e, portanto, à medida que estiver mais apto a providenciar às necessidades de um leque mais vasto de financiados, é natural que as autoridades de supervisão da actividade bancária e financeira adoptem uma diferente perspectiva quanto à necessidade de licenciamento para o exercício da actividade e quanto à supervisão comportamental destes agentes económicos. Questões de adequação de capitais, transparência de titularidade do capital social e mesmo até modelos contratuais aplicáveis poderão a ser colocados na agenda do legislador.

Trata-se, seguramente, de mais um campo a observar com atenção.

### **XIII. Panorama Português**

**55.** Do ponto de vista das questões que se levantam, quanto ao conteúdo dos modelos de negócio de financiamento de litígios por terceiros, os temas acima superficialmente a florados são os que se têm discutido no panorama da arbitragem comercial internacional e da denominada arbitragem de investimento. Apesar de não terem surgido ainda no nosso ordenamento jurídico, nenhuma razão existe para pensar que tais questões não devam vir a ter aqui cabimento. Mas, para além dessas, outras poderão vir a ser relevantes. Tentarei, assim, abordar um conjunto de questões que poderão ter pertinência no nosso sistema jurídico.

Antes disso, há que deixar aqui duas ressalvas.

56. A natureza e finalidade deste artigo não me permite ir mais além e passar a analisar um aspecto de sobremaneira importante, o qual está ligado aos possíveis efeitos de um acordo de financiamento de litígios por terceiros no âmbito do processo falimentar. Aliás, não são apenas os efeitos, mas também a eficácia no plano prático que semelhante acordo de financiamento possa ter.

Apenas para dar uma breve nota, convém lembrar que um dos campos preferidos dos “third party funders” é o das empresas em dificuldades financeiras e mesmo as empresas que já se encontram abrangidas por processo de insolvência ou outro tipo de medidas de protecção de credores.

Como é evidente, a celebração de um acordo deste tipo pressupõe que os “funders” queiram “fazer-se pagar” com preferência de todos os restantes credores, incluindo os que beneficiam de privilégios creditórios: de outra forma não financiariam, o que é compreensível do ponto de vista do seu negócio.

Por outro lado, mesmo os financiados que não se encontrem ainda em processo de insolvência ou abrangidos por outro tipo de medida de protecção de credores podem ter constricções na celebração deste tipo de acordos de financiamento na medida em que possam estar envolvidos pagamentos preferenciais a credores em prejuízo de outros.

De um ponto de vista prático, é certo que os *third party funders* encetam sistematicamente diligências para apurar se o acordo a que se propõem celebrar se encontra ou não impedido ou restringido pelas regras falimentares e, além do mais, estando o processo de insolvência (ou outro similar) em andamento, não o fazem sem o respeito pelas regras próprias desse processo. Contudo, do ponto de vista doutrinário, interessantes questões se podem levantar as quais, como se disse, não podem ser aqui tratadas.

57. A segunda nota está ligada com a falta de experiência de Portugal no domínio dos “third party funders” e a possível conexão deste modelo com um ramo do negócio segurador que lhe é adjacente.

Como se pode antever, em Portugal ainda não se suscitaram as questões que acima se enunciaram.



É certo que existe já uma prática e um mercado de alguma forma sedimentados nos contratos de seguro de protecção jurídica. Tais seguros, na esmagadora das vezes acoplados a seguros de responsabilidade civil automóvel, são muito comuns em Portugal (mais do que inicialmente se poderia pensar).

Porém, o modelo que eles encerram — típico de um “before the event insurance”, verdadeiro seguro de cobertura de riscos jurídicos ou judiciais — está localizado numa vertente de gestão de riscos dispersa e pluralizada. Por essa razão, as seguradoras, virtualmente, não assumem qualquer controlo sobre o caso: limitam-se a pagar as despesas e honorários até ao limite do capital coberto e, eventualmente, a indicar advogado que estabelecerá contacto directo e em exclusivo com o segurado, nenhuma intervenção posterior tendo a partir daí. Além disso, mesmo que tais seguros incluam a cobertura de litigância em arbitragem (o que já é menos comum fora do aparelho de arbitragem institucionalizada de conflitos no ramo segurador), nunca as seguradoras têm qualquer hipótese de sequer supervisionar ou acompanhar o trabalho dos árbitros que são indicados. O exemplo da arbitragem do ramo segurador automóvel é paradigmático quanto a este aspecto.

Dito de outra forma, apesar de existir substancial experiência decorrente do contrato de seguro de protecção jurídica, a verdade é que esta experiência não pode ser transposta para o campo do “third party funding”, sendo realidades de financiamento totalmente díspares e com características próprias. Não existe, assim, um substracto experimental que possa ser invocado aqui como exemplo ou comparação.

**58.** Afastados que estão os aspectos que se têm debatido no plano internacional e depurada esta análise das questões falimentares, cumpre saber que tipo de desafios o financiamento de litígios por terceiros coloca no plano do nosso ordenamento jurídico.

Existem, fundamentalmente, os seguintes desafios: saber se se trata de uma actividade de financiamento sujeita a licenciamento pelas autoridades supervisoras da actividade bancária e financeira; saber se se trata de uma modalidade de *quota litis* ou de partilha de honorários; saber qual o enquadramento da questão atinente ao

sigilo profissional; saber em que medida se trata de um negócio usurário; e, finalmente, saber em que medida uma acção (um litígio) pode ser o objecto de um negócio.

Mais uma vez, abordarei estes temas de uma forma necessariamente superficial.

#### **XIV. O licenciamento da actividade**

**59.** A actividade bancária e financeira em Portugal está, de um modo geral, submetida a um mesmo padrão, o qual resulta da implementação de directivas comunitárias.

Actualmente, o regime legal português decorre do Decreto Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, com as variadíssimas e extensas modificações que tem vindo a sofrer (conta-se já a 42.<sup>a</sup> versão, decorrente da Lei n.º 118/2015, de 31 de agosto).

Ora, do elenco de disposições que emergem deste regime legal, tenho dificuldade em enquadrar os “third party funders” em alguma das categorias de instituições de crédito ou de sociedades financeiras (arts. 3.º, 4.º-A e 6.º do citado diploma legal) ali submetidas a regulamentação, isto se consideramos uma entidade que desenvolva exclusivamente esta actividade. Também questiono a ideia de que esta actividade possa ser enquadrada em alguma daquelas que as instituições de crédito estão autorizadas a desenvolver, a não ser talvez a “participação em capital de sociedades”, pressuposto, claro que está, que se possa equiparar o investimento realizado por um third party funder a uma “participação em sociedade”<sup>(35)</sup>, mas ainda assim caindo fora do âmbito do princípio da exclusividade (cf. art. 8.º, n.º 2, DL 298/92).

De igual modo, também encontro bastante dificuldade em enquadrar os acordos de financiamento em algum ou alguns dos

---

<sup>(35)</sup> V., sobre este ponto, ANTÓNIO PINTO LEITE, que inicialmente dá a indicação de podermos estar em presença de um “contrato de associação em participação”, o que de algum modo poderia sugerir uma equiparação a uma participação societária (cf. *op. cit.*).

tipos contratuais financeiros que são elencados no art. 2.º do mesmo diploma legal, a não ser que se queira equiparar o acordo de financiamento de litígios a um “contrato sobre valores mobiliários” (pressuposto que se defina o litígio como um “valor mobiliário”) ou a um contrato de futuros e a prazo, ou ainda a um contrato de swap ou de opções (pressuposto que os requisitos deste tipo de contratos se verifiquem no caso da “arbitration finance”). Parece-me forçada, em qualquer caso, uma interpretação nesse sentido.

**60.** De outro lado, este tipo de financiamento está longe de poder ser qualificado como exercício de actividade seguradora (para efeitos do Regime Jurídico do Acesso e Exercício da Actividade Seguradora e Resseguradora instituído pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro), uma vez que o contrato que lhe subjaz, apesar do elemento aleatório que contém (o financiador pode ser recompensado ou não de acordo com o eventual sucesso da causa financiada), prescinde do elemento essencial do seguro que é, justamente, o prémio. Na verdade, excepção feita a alguns “fees” que a entidade financiada possa ter de pagar inicialmente para o desenvolvimento das actividades de análise do dossier, a assunção do risco pelo financiador não é feita contra um pagamento de qualquer verba por parte do financiado. Pelo contrário, o recebimento a que o “funder” poderá ter acesso é, ele sim, incerto no se, no quando e no quanto, perdendo por completo a característica de “prémio”. A “álea”, neste caso, reside justamente na retribuição que possa ser devida ao “funder”.

**61.** Em suma, julgo que no panorama nacional não existe qualquer disposição legal que obrigue ao licenciamento da actividade de “third party funder”. Aliás, este entendimento está em total sintonia com a situação de todos os financiadores que operam no mercado europeu: quanto muito, estes agentes poderão necessitar de algum licenciamento e estar sujeitos a alguma supervisão na medida em que o seu capital tenha sido disperso em bolsa (casos acima citados) ou quando, para provisionar os financiamentos que outorgam, necessitam de recorrer ao mercado de capitais (v.g. constituindo fundos de investimento mobiliários com apelo à subscri-

ção pública). No entanto, nada disto altera a estrutura e natureza fundamental do exercício da actividade de financiamento de litígios por terceiros e da ausência da sua regulamentação, a qual continua a ser um campo ausente desta.

## XV.

### Os desafios ligados à deontologia da profissão de advogado

**62.** O recentemente aprovado novo Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro) mantém a já ancestral proibição de “pactum quota litis”<sup>(36)</sup>. Trata-se de uma proibição destinada a manter a dignidade da profissão e a proteger a irrenunciabilidade do “honorarium” que constitui a forma de compensar o desempenho do advogado.

Ora, no caso da intervenção de terceiras entidades financiadoras do litígio, não me parece que esta proibição seja colocada em crise. Pode, no entanto, questionar-se se não está comprometido o direito aos honorários em si — se for postulada a natureza irrenunciável deste direito —, quando o pagamento destes fica exclusivamente a cargo do terceiro financiador e quando não se admita que outrem que não o cliente efectue tal pagamento. Estou a pensar nos casos acima referenciados em que o modelo contratual passa pelo pagamento dos honorários do advogado directamente pelo terceiro financiador.

O que não sofre dúvida é que o terceiro financiador não pratica nenhuma forma de “quota litis” proibida. Tem, é certo, uma “quota” no litígio por força de um acordo que estabeleceu com o financiado, mas tal pacto não está incluído na proibição constante

---

<sup>(36)</sup> É o “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 do art. 106.º, EOA).

do art. 106.º do EOA pela razão de que nenhum deles (financiador e financiado) é advogado.

**63.** Do mesmo modo se diga em relação à proibição de partilha de honorários do advogado<sup>(37)</sup>. Com este acordo, o terceiro financiador não partilha dos honorários do advogado.

**64.** Por contraponto, perguntar-se-á, na senda do que é perguntado no panorama da arbitragem internacional e do que são as reivindicações dos “third party funders”: um advogado que aceite trabalhar numa modalidade (conquanto que lícita nos termos permitidos pelo art. 106.º do EOA) de “contingent fees” ou de “sucess fees” estará a exercer actividade de “third party funder”? Estará o advogado a financiar a lide e, como tal, deverá sujeitar-se às consequências a que acima se aludiram?

A resposta só poderá ser um rotundo não. Evidentemente que tais modalidades de honorários constituem uma forma de financiamento do cliente. É irrecusável.

Mas a pretensão de identificar os advogados que trabalhem em tais condições a um “third party” parte do pressuposto errado de que o advogado é “third”, é “terceira pessoa” em relação ao cliente. Para combater essa ideia bastaria avocar o regime da representação e do mandato forense onde é claro que advogado e cliente são como que uma mesma parte ou uma mesma entidade. Além do mais, de todas as questões acima delineadas, a única que poderia ter alguma utilidade seria a tocante à responsabilidade pelos custos e, eventualmente, à questão da caução para custos e respectiva temática da presunção de “impecuniosidade” da parte. Estas matérias, no entanto, também não oferecem dúvida de maior para responder na negativa. Tirando o caso de responsabilidade civil por actos praticados no exercício do mandato e, também, da eventual responsabilidade por litigância de má fé imputável ao próprio mandatário, que em qualquer caso são situações de responsabilidade

---

<sup>(37)</sup> “É proibido ao advogado repartir honorários, ainda que a título de comissão ou outra forma de compensação, exceto com advogados, advogados estagiários e solicitadores com quem colabore ou que lhe tenham prestado colaboração” (art. 107.º do EOA).

pessoal do mandatário e não da parte, nunca se admitiu a transferência da obrigação de pagamento deste tipo de custos para o advogado. Por outro lado e como se viu, da existência de financiamento por terceiro não pode extrair de imediato a presunção de que a parte não irá pagar os custos do processo.

Daí que não faça sentido equiparar advogado e “third party funder”.

**65.** Faltará abordar, dentro deste tema, o problema do sigilo profissional e a intersecção deste com a intervenção do “third funder”.

O advogado está vinculado a guardar segredo de tudo quanto lhe seja transmitido pelo seu cliente e, de um modo geral, tudo quanto respeite ao caso que lhe é confiado (art. 92.º, EOA).

À partida, poder-se-ia pensar que este segredo pode ser dispensado pelo cliente tendo em vista a prestação de informações ao terceiro financiador para que este possa conscienciosamente analisar o financiamento que lhe é proposto. Mas a formulação de todo este preceito pode levantar dúvidas, mais acentuadas quando se lê o n.º 4 do mesmo: “o advogado pode revelar factos abrangidos pelo segredo profissional, desde que tal seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho regional respetivo, com recurso para o bastonário, nos termos previstos no respetivo regulamento.”

Ou seja, aparentemente, terá de haver autorização do presidente do conselho regional.

É, portanto, questionável não só que o advogado seja obrigado a transmitir informações ao financiador mas também que o possa fazer. Seguramente que sem o consentimento do cliente não pode fornecer informações, documentos ou outros elementos abrangidos pelo sigilo profissional.

Mas a questão também se pode colocar sob o ponto de vista do financiador: tendo este recebido informações, documentos e outros elementos referentes a um processo, pode ser compelido a revelar tais elementos? Estará ele abrangido pelo sigilo e pela protecção da relação advogado-cliente?

Tirando a questão do dever de sigilo que resulta do acordo celebrado entre cliente e financiador, nos termos do qual este se compromete a observar, cumprir e fazer cumprir tal obrigação de confidencialidade — o que, diga-se de passagem, é a regra dos acordos de financiamento — a verdade é que o terceiro financiador não pode por outra forma beneficiar de uma faculdade que é conferida no âmbito de uma profissão, a de advogado, que não é a dele. Além do mais, é de salientar não fazer sentido falar-se da existência de uma doutrina de “interesse comum” que permite, noutros sistemas jurídicos (nomeadamente da “common law”) proteger a informação que é transmitida ao “funder”.

Assim, sabendo-se que existem informações e documentos que possam ser relevantes para a boa decisão da causa e para a descoberta da verdade — princípios nem sempre aplicáveis no domínio da arbitragem — e que estejam na posse do terceiro financiador, este poderá ser compelido a fornecer tais elementos.

## **XVI.** **Usura**

**66.** A questão que de seguida se coloca é saber se, considerando a generalidade dos casos em que os financiados se encontram numa situação de debilidade financeira, o contrato que celebram com o financiador não se encontra sujeito à proibição de negócios usurários. Como resulta da forma como a questão é equacionada, a dúvida não pode respeitar aos financiados que recorrem a “funders” como simples forma de gestão financeira da sua actividade e utilizam tais recursos como alternativa a um normal empréstimo reembolsável e remunerado.

Mas a proibição de negócios usurários é uma decorrência de princípios gerais do nosso direito.

Curiosamente, este é um instituto que não tem sido muito tratado ao nível dos temas que se discutem no panorama da arbitragem internacional e do “third party funding” e, quando o é, aparece ligado à questão de saber se um “third party funding” deve ser qua-

lificado como um “loan” (mútuo) e, subsequentemente, se ele configura um empréstimo com juros ou outra forma de remuneração usurária<sup>(38)</sup>.

Independentemente da relevância que se lhe atribui nesse domínio, a verdade é que a proibição de usura encontra-se enraizada no nosso ordenamento jurídico e não apenas em relação a juros sobre quantias mutuadas.

67. Na verdade, como resulta do n.º 1 do art. 282.º do Código Civil: “é anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados.”

Parece natural pensar que a parte financiada, uma vez obtido o crédito reclamado na ação, queira invocar a aplicação deste regime para se esquivar ao pagamento da parte do financiador. Afinal de contas, essa parte apenas celebrou o contrato porque se encontrava numa situação de dependência, de necessidade ou até de estado mental débil. Poder-se-á dizer que ao invocar essa pretensão se encontra a desafiar os limites impostos pela boa fé. Mas esta não será uma afirmação absoluta.

Trata-se de um expediente que só poderá ser equacionado em face do caso concreto, não podendo à partida estabelecer-se nenhuma regra abstracta. Teoricamente, pode ter um vasto campo de aplicação e, por isso, a sua articulação com o acordo a celebrar tem de ser cuidadosamente ponderada.

---

<sup>(38)</sup> Cf. BERNARDO M. CREMADES, JR., “Usury and Other Defenses in U.S. Litigation Finance”, in *Contingent Fees and Third Party Funding in Investment Arbitration Disputes*, TDM 3 (2014), acessível em <<http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2112>>, acessado em 11-12-2015. Cf. também JULIA H. McLAUGHLIN, *Litigation Funding: Charting a Legal and Ethical Course*, 31 VT. L. REV. 615, 627 (2007) e GEORGE S. SWAN, *The Economics of Usury and the Litigation Funding Industry: Rancman v. Interim Settlement Funding Corp.*, 28 OKLA. CITY U.L. REV. 753, 783 (2003).



## XVII. “Comoditização” da justiça

**68.** O conceito de financiamento de um litígio realizado por terceiro a troco de uma percentagem nos resultados da ação parece fazer realçar a ideia de uma mercantilização do direito ou de uma simples transformação do direito à ação num bem transacionável. Não há falta de quem fale numa “comoditização” da justiça e da integração deste modelo de negócio no mercado de capitais, passando a ação a ser nada mais que um objecto negociável, incluindo em mercados regulamentados.

Julgo que a ideia é, apesar de tudo, exagerada.

Não se recusa a hipótese de, em certas circunstâncias, os direitos que para o “funder” resultam de um acordo de financiamento puderem ser objecto de uma transação. Por exemplo, o “funder” poderá querer usar tais direitos como colateral ou garantia de operações que realiza. Mas essa será uma excepção, seguramente. Aliás, a experiência revela que a maioria dos contratos de financiamento não contempla cláusulas que permitem ao “funder” ceder ou onerar livremente a sua posição contratual, o que se percebe tendo em vista a especificidade de direitos e obrigações que resultam dele e o seu carácter pessoal.

**69.** De outro lado, também não se esquece que existem determinados financiadores que usam os financiamentos concedidos e os direitos que deles podem resultar como activos financeiros do seu património e do capital societário que ele representa quando este é colocado em operações de bolsa.

**70.** Em todo o nosso sistema jurídico e até onde consegui apurar, não existe uma disposição legal que iniba a realização deste tipo de negócios, inserindo-se os mesmos no mais amplo domínio da liberdade contratual, onde gozam de um razoável conforto de actuação. Não excluo que os contratos de financiamento não possam ser considerados nulos ou anuláveis com base em institutos específicos, como as limitações decorrentes do processo falimentar, como a usura, ou mesmo como resultado de outros vícios da

vontade. Mas tratam-se de soluções consagradas para a generalidade dos contratos e não são específicas deste tipo de financiamento, não se podendo por isso afirmar que existe uma proibição de exercício desta actividade ou que a mesma represente uma “mercantilização” da justiça, sobretudo quando encarada no domínio da arbitragem que é aqui tratado.

**71.** É certo que poderão ser formulados juízos de valor ético ou moral. Admito que, numa primeira abordagem, este modelo negocial choque a mente jurídica e chegue mesmo a colocar em questão valores fundamentais da realização da justiça que encontram consagração ao nível da lei fundamental do país. Mas, ainda assim, estamos longe de poder formular um juízo de censura jurídica sobre o mesmo.

**72.** Restará, neste domínio, considerar que este tipo de negócio ofende os bons costumes ou que é contrário à ordem pública, assim se tornando nulo nos termos dos arts. 280.º e 281.º do Código Civil.

No entanto, não consigo descortinar um qualquer princípio geral desta natureza — quer de ordem pública, quer de bons costumes — que faça destruir a validade e eficácia de um acordo de financiamento de litígio por terceiro. Nem tão pouco consegui apurar uma decisão dos nossos tribunais que tivesse adoptado entendimento semelhante ou susceptível de aplicação a este tipo de financiamento.

E se inquietações de ordem pública ou dos bons costumes se pudessem levantar, teriam de ser equacionadas com outro interesse que é prosseguido com o financiamento de litígios por terceiros e que consiste, justamente, no acesso ao direito. Com efeito e como se disse acima, por vezes as partes encontram-se numa situação em que pura e simplesmente não possuem capacidade financeira para iniciar ou prosseguir uma ação. A intervenção dos terceiros financiadores permitirá, desse modo e nessa perspectiva, “nivelar o terreno de jogo” e fomentar o acesso ao direito.

### XVIII.

#### **Concluindo — Portugal é um bom mercado para os “third party funders”?**

73. A primeira observação que se pode tecer em jeito de conclusão é que o mercado Português não está ainda preparado para a introdução dos terceiros financiadores apenas pela razão de que o desconhecimento que a nossa comunidade tem em relação ao tema é ainda elevado e substancialmente superior ao que já se verifica noutras jurisdições. Este desconhecimento gera suspeita e a suspeita inviabiliza a proliferação do negócio.

Contudo, como se tentou demonstrar acima, não existem obstáculos jurídicos de maior ao desenvolvimento deste modelo de negócio, desde que articulado convenientemente com os vários institutos jurídicos com potencial repercussão no fenómeno. Por outra banda, as condições de natureza económica e financeira que algumas empresas e agentes económicos atravessam em Portugal fazem pensar que o nosso País apresenta um campo onde esta actividade se pode expandir exponencialmente.

74. Na verdade e tomando como exemplo o caso Francês, que tem um aparelho jurídico onde o custo do contencioso judicial é relativamente inexpressivo (quando não subsidiado pelo apoio do Estado no acesso ao direito), onde não é permitida a prática de “pure contingency fees” e onde não existem os “punitive damages” (tão apeteceíveis num modelo de negócio como este), verifica-se no entanto uma crescente expansão deste modelo. Só no ano de 2015 assistiu-se ao nascimento de três novos financiadores.

75. De todo o modo, o mercado Português apresenta especificidades e dificuldades que não são comuns à maioria das restantes jurisdições, não se podendo afirmar que siga um padrão muito claro para quem o observa de fora. Para tocar apenas num aspecto ligado à produção de prova, é comum dizer-se que nas jurisdições da “civil law” o papel reservado à testemunhas é muito limitado, quando não nulo (como é o caso da França), ao passo que nas jurisdições da “common law” é justamente o oposto. Ora, sendo Portu-

gal indiscutivelmente uma jurisdição da “civil law”, tem no entanto um modelo processual bastante flexível na determinação do valor probatório dos vários meios que são colocados à disposição do decisor.

Por outro lado, vários outros aspectos terão de ser submetidos à apreciação que é feita na nossa comunidade jurídica de um modo “singular”. Por exemplo, no domínio dos conflitos de interesses de árbitros, chegou aos nossos tribunais um caso onde um só árbitro havia confessado ter sido nomeado, pela mesma firma de advogados, em cinquenta processos arbitrais<sup>(39)</sup>, o que aos olhos da comunidade arbitral internacional é algo de absolutamente impensável. Casos como estes podem ser encarados por certos sectores da nossa comunidade arbitral como aceitáveis e, para outros sectores, são mesmo necessários. Recorde-se que no nosso sistema jurídico existe um sistema de arbitragem compulsiva sem que esteja assegurado, por um lado, a institucionalização da mesma e, por outro, sem que exista um quadro de árbitros especializados na matéria em número razoavelmente confortável. Seja como for, trata-se de algo inadmissível para quem pretende colocar a jurisdição Portuguesa em concorrência com os principais “hubs” de arbitragem internacional.

É este tipo de particularidades do nosso mercado que os financiadores, sobretudo os que provenham de outros ordenamentos jurídicos, terão de enfrentar e gerir com conhecimentos específicos e utilizando a “ponta de sal”, tão típica em virtualmente todos os assuntos jurídicos que se discutem e decidem no nosso território.

Apesar de tudo, Portugal é um mercado onde será possível assistir a um desenvolvimento desta actividade de “third party funding”.

---

<sup>(39)</sup> Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Setembro de 2015, processo n.º 827/15.9YRLSB, disponível em <www.dgsi.pt>, acedido em 12 de dezembro de 2015.