



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Pedro Rafael Pinheiro Alves

O TERCEIRO FINANCIADOR E A CAUÇÃO PARA CUSTAS

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas – Menção em Direito Processual Civil, orientada pela Professora Maria José Oliveira Capelo Pinto Resende e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Outubro de 2020

Pedro Rafael Pinheiro Alves



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

O TERCEIRO FINANCIADOR E A CAUÇÃO PARA CUSTAS

*Dissertação apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito,
na Área de Especialização em Ciências
Jurídico-Civilísticas – Menção em Direito
Processual Civil, sob a orientação da
Professora Maria José Oliveira Capelo
Pinto Resende.*

Coimbra – 2020

AGRADECIMENTOS

Na realização da presente dissertação, contei com o inestimável e incansável apoio de diversas pessoas e organizações. Desejo, deste modo, expressar os meus profundos agradecimentos:

À Professora Maria José Capelo, pelo incansável apoio, compreensão e incentivo na orientação da presente dissertação. Aqui lhe expresso a minha profunda gratidão.

Aos meus pais, avós e irmã pelo acompanhamento e incentivo ao longo da minha vida académica, sem os quais a elaboração desta dissertação não teria sido possível.

À Joana Filipa Sousa Barros Guerra pelo imensurável apoio, paciência e ânimo durante todo o período de elaboração da presente dissertação.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que foi o meu segundo lar nos últimos anos.

Resumo

O nosso estudo incide sobre o financiamento de litígios por terceiros, em que um terceiro face à relação material controvertida litigada decide custear parte ou a totalidade dos custos de uma das partes do pleito e, em contrapartida, recebe uma percentagem dos ganhos que a parte obtenha com a causa.

Não obstante as vantagens que oferece à promoção do acesso à justiça, o financiamento por terceiros contribui para um aumento da probabilidade de o demandado ser incapaz de executar uma sentença que condene o seu adversário ao pagamento de parte ou da totalidade dos custos do processo.

A solução mais propícia para este problema passa pela figura do *security for costs*, uma medida cautelar onde o tribunal arbitral ordena o requerido a prestar uma garantia destinada a salvaguardar o efeito útil de uma condenação ao ressarcimento total ou parcial dos custos da parte vencedora.

A medida em que o financiamento por terceiros deve ser considerado por um tribunal arbitral ao apreciar da conveniência de um pedido de caução para custas é um ponto controverso. Enquanto que alguns autores consideram que o envolvimento de um terceiro financiador deverá justificar a aplicação de uma caução para custas, outros divergem, defendendo a sua conveniência somente em circunstâncias excepcionais.

Questiona-se se este fenómeno poderá continuar a ser considerado num plano muito reduzido pela jurisprudência nestas decisões. De forma a se resguardar a integridade do processo arbitral, julgamos ser necessária a criação de um critério orientador flexível e atento às particularidades do acordo de financiamento celebrado entre o demandante e o terceiro financiador. A sua viabilidade depende, necessariamente, de um dever de revelação “amplo” e flexível das partes, que se estenda não só à existência e identidade do terceiro financiador, mas também a cláusulas relevantes do acordo de financiamento.

Palavras-chave:

Arbitragem Comercial Internacional; Arbitragem de Investimento; Financiamento de Litígios por Terceiros; Caução para Custas; Dever de Revelação de Financiamento por Terceiro.

Abstract

Our work focuses on third party funding, where someone who is not involved in an arbitration procedure funds some or all the legal costs of a certain party in exchange for a portion of the proceedings in the event of success.

Notwithstanding its promotion of access to justice, third party funding is likely to increase the risk that a respondent will be unable to enforce a favourable costs award against the funded party.

The only meaningful protection against such an outcome is to request security for costs, an interim measure in which the arbitration tribunal orders the claimant to provide some form of security so as to ensure the payment of a potential adverse costs award rendered against it.

The extent to which the fact that a party is funded by a third party should affect the tribunal's decision on security for costs is a controversial matter. While some authors consider that the involvement of a third-party funder should by itself justify an order of security for costs, others disagree, arguing that it should only be granted in exceptional circumstances.

It is questioned whether this phenomenon can continue to be lightly considered by the arbitration courts in decisions on security for costs. In order to safeguard the integrity of the proceedings, we believe it is necessary to establish a flexible criterion that is attentive to the particularities of the financing agreement signed between the plaintiff and the funder. Its viability is dependent on a "broad" and flexible duty to disclose on the part of the parties, which should extend not only to the identity of the third-party funder, but also to relevant clauses of the financing agreement.

Key Words:

International Commercial Arbitration; Investment Arbitration; Security for Costs; Third-Party Funding; Disclosure of Third-Party Funding.

LISTA DE SIGLAS.

APA - *Associação Portuguesa de Arbitragem.*

CEPANI - *Belgian Centre for Arbitration and Mediation.*

CIETAC - *China International Economic and Trade Arbitration Commission.*

IBA – *International Bar Association.*

ICC- *International Chamber of Commerce.*

ICDR - *International Centre for Dispute Resolution.*

ICSID – *International Centre for Settlement of Investment Disputes.*

HKIAC – *Hong Kong International Arbitration Centre.*

LAV – *Lei de Arbitragem Voluntária*

LCIA – *London Court of International Arbitration.*

OECD - *Organization for Economic Cooperation and Development.*

SIAC - *Singapore International Arbitration Centre.*

UNCITRAL - *United Nations Commission On International Trade Law.*

INTRODUÇÃO	7
1. BREVE INTRODUÇÃO AO <i>THIRD-PARTY FUNDING</i>	10
1.1. Os diferentes modelos de financiamento.	12
1.1.1 Controlo na negociação do acordo de financiamento.....	13
1.1.2 Controlo sobre decisões estratégicas importantes.	14
1.1.3 Orçamento dos custos legais do processo arbitral.....	15
1.1.4 Termos de rescisão.	15
1.2. As vantagens.....	16
2. PROBLEMÁTICAS SUSCITADAS PELO <i>THIRD-PARTY FUNDING</i>	18
2.1. O aumento da quantidade de causas frívolas interpostas.....	18
2.2. O aumento dos custos a cargo do demandado.	19
2.3. A intensificação do risco de o demandado não reaver os seus custos legais. 20	
2.3.1. A divisão da responsabilidade dos custos originados no processo arbitral pelas partes.....	21
2.3.2. O <i>third-party funding</i> como potenciador de <i>hit-and-runs</i> arbitrais.....	23
2.3.3 Considerações finais sobre os <i>hit-and-runs</i> arbitrais.	26
2.4. Extensão da responsabilidade pelos custos a terceiros financiadores.	27
2.5. Impacto do terceiro financiador na adjudicação dos custos processuais.	29
3. A CAUÇÃO PARA CUSTAS	32
3.1. O conceito de caução para custas.....	33
3.1.1 Legitimidade para requerer uma caução.	34
3.2. As origens da caução para custas. <i>Security for costs</i> e a <i>cautio judicatum solvi</i>	35
3.2.1. A tradição da <i>security for costs</i> no domínio da arbitragem internacional.	37
3.3. Os pressupostos da aplicação de uma caução para custas.....	39
3.3.1. Jurisdição do tribunal arbitral.....	39
3.3.2. Periculum in mora.	41
3.3.2.1. Urgência.....	41
3.3.2.2. Risco de uma lesão irreparável.....	43
3.3.2.3. Alteração material e imprevisível das circunstâncias.	46
3.3.3. <i>Fumus bonus iuri</i>	47
3.3.4. Critério de proporcionalidade amplo.	49
4. A INFLUÊNCIA DO TERCEIRO FINANCIADOR NA APRECIÇÃO DE UM PEDIDO DE CAUÇÃO PARA CUSTAS	50
4.1 Arbitragem de investimento.	51

4.1.1 O caso RSM Production Corporation v. Saint Lucia.....	51
4.1.1.1. O parecer favorável de <i>Gavan Griffith</i> e uma apreciação da sua proposta.	53
4.1.2. Subsequentes decisões no domínio da arbitragem de investimento.....	55
4.2. Arbitragem comercial.	57
4.2.1. Jurisprudência no domínio da arbitragem comercial.....	58
5. DEVER DE REVELAÇÃO E A CAUÇÃO PARA CUSTAS.	60
5.1. Uma breve introdução ao dever de revelação.	60
5.1.1. Ausência de regulação.	62
5.1.2. As desvantagens da revelação do <i>TPF</i>	63
5.1.3. As suas vantagens.	65
5.2. Dever de revelação dos árbitros.	66
5.2.1. Revisão das Diretrizes da IBA.	68
5.2.2. <i>Guidance Note</i> da ICC.	69
5.3. Dever de revelação das partes.	70
5.4. Resposta das instituições arbitrais.	72
5.4.1. Projeto ICSID.	73
5.5. Os pontos de contacto entre a caução para custas e o dever de revelação. ...	74
5.5.1. Jurisprudência sobre a amplitude do dever de revelação.....	75
CONCLUSÃO.....	78
BIBLIOGRAFIA	83

INTRODUÇÃO

O *third-party funding* é uma temática inusitada, que tanto cativa o mundo jurídico como o amedronta. Esta figura surge quando um terceiro, face a uma ação, decide custear parte ou a totalidade dos custos de uma das partes, recebendo em troca uma parte dos espólios do seu ganho de causa. Para começar, iremos discursar sobre a origem desta modalidade de financiamento, sobre alguns dos seus traços gerais e sobre a influência que os financiadores podem exercer sobre a condução do processo.

Não descurando a enorme utilidade na efetivação do princípio do acesso à justiça, fornecendo às partes um meio de externalizar os elevadíssimos custos processuais e institucionais da arbitragem, este modelo de financiamento gera sérios desequilíbrios no processo arbitral que têm feito soar alarmes no mundo da arbitragem.

Como iremos ter oportunidade de analisar, o financiamento por terceiros não só contribui para um aumento da proposição de causas frívolas e para o aumento das despesas do processo arbitral, mas aumenta também a probabilidade de o demandado ser incapaz de executar uma sentença que condene o seu adversário ao pagamento dos seus custos processuais, nos termos do modelo de alocação de custos *costs follow the event*, potenciando o que a doutrina apelida de *hit-and-runs* arbitrais. Esta problemática servirá de pano de fundo ao nosso percurso como o quesito a solucionar.

Veremos que a responsabilização direta dos financiadores pelos custos do processo é improvável, dado que as várias doutrinas aplicadas para estender as convenções de arbitragem a terceiros não se adequam às características do financiamento.

De forma a se corrigirem estes desequilíbrios, a doutrina tem equacionado a aplicação de *security for costs*, uma medida preliminar que consiste na imposição à parte financiada do dever de prestar caução, por receio de que esta não esteja em condições de custear as despesas de uma ação a que deu início ou de reembolsar os custos incorridos pela parte contrária.¹ É esta figura que dará mote ao presente texto, onde iremos dedicar numerosas linhas ao estudo desta medida cautelar.

Antes de mais, é necessário proceder a uma análise da historicidade da *security for costs* para o depreender eficientemente. No nosso estudo, iremos expor sumariamente a sua longa tradição no direito anglo-saxónico, e não menosprezando a sua presença em

¹ Pereira 2016, p. 95. Ao longo do presente trabalho, utilizaremos a expressão “caução para custas” empregue por HENRIQUES. Henriques 2015, p. 591.

vários países da Europa Continental, onde ficou conhecida como *cautio judicatum solvi*, cumprir-nos-á o dever de salientar o diferente grau de acolhimento deste mecanismo processual no mundo da *common law*, onde a figura se encontra amplamente acolhida pelo *case law* e pela legislação anglo-saxónica, comparativamente aos ordenamentos jurídicos de *civil law*, que se revelaram hesitantes na sua aceitação. As divergências na aceitação desta caução, juntamente com uma panóplia de possíveis fatores que iremos enumerar, como o receio de colocar entraves ao acesso aos tribunais, ajudam-nos a compreender a reticência que remanesce no seio da prática arbitral quanto à caução para custas.

Efetivamente, tanto na arbitragem comercial como na arbitragem de investimento, a *security for costs* é uma medida de carácter excecional, sendo extremamente raras as ocasiões onde um tribunal arbitral ordena a prestação desta caução. Todavia, um grande número de juristas e autores têm vindo a enfrentar este paradigma, sublinhando a sua aptidão e necessidade para contrabalançar o efeito do *third-party funding* no mundo da arbitragem.

Colocando-nos humildemente na sua senda, o terceiro capítulo deste estudo irá precipitar-se sobre os méritos da caução para custas e a sua correlação com o *third-party funding*, mais concretamente se o facto de o autor do processo arbitral se socorrer de financiamento externo deve influir, e, em caso de resposta afirmativa, em que medida, no processo decisório do tribunal arbitral quanto à necessidade e ao mérito de tal pedido cautelar.

Como tal, afigura-se necessário realizar um breve percurso sobre os pressupostos habitualmente empregues pelos tribunais arbitrais na aplicação desta medida cautelar, com destaque, no âmbito da arbitragem comercial, para o basilar requisito de que se possa observar uma alteração substancial das circunstâncias. Existem sérias divergências do peso que o *third-party funding* exerce quanto a este requisito: enquanto que alguns autores consideram que o envolvimento de um terceiro financiador significa, por si só, uma alteração das circunstâncias, outros divergem, pronunciando-se em sentido contrário. Revela-se nos, todavia, curiosa uma nova corrente que questiona a própria razão de existir deste pressuposto.

Em seguida, levaremos a cabo uma investigação sobre a jurisprudência arbitral. Em sede da arbitragem de investimento, destacar-se-á o caso *RSM Production v. Saint Lucia*, que tanta crispação suscitou, particularmente quanto ao parecer de *Gavan Griffith* no qual

o ilustre árbitro sugeriu que o financiamento por um terceiro financiador deveria proceder a uma inversão do ónus da prova, recaindo antes sobre a parte financiada o encargo de demonstrar que a medida cautelar não dever ser concedida. A opinião de *Griffith* atraiu fortes críticas do mundo do financiamento de litígios e da doutrina, mas tal não tem impedido o avanço de propostas adaptadas e reformuladas desta inversão do ónus da prova, propostas estas que se manifestam merecedoras de estudo.

No domínio da arbitragem comercial, iremos observar que algumas decisões arbitrais têm prescindido de qualquer má fé ou abuso da parte financiada, ao invés colocando o acento tónico nos termos do contrato de financiamento, nomeadamente se o financiador se compromete contratualmente a cobrir uma eventual condenação em custos e as condições de rescisão do contrato pelo financiador.

Para tal fim, revela-se essencial a conveniência de um dever de revelação não só da existência e identidade de um financiador, elementos imprescindíveis para um asseguramento da imparcialidade dos árbitros, mas das mencionadas cláusulas contratuais, essenciais para o aferimento da necessidade de uma caução para custas. Serão estes pontos de contacto entre a *security for costs*, o terceiro financiador e um dever de revelação amplo o tema concludente do estudo a que nos propomos.

1. BREVE INTRODUÇÃO AO *THIRD-PARTY FUNDING*

O fenómeno do financiamento de litígios por terceiros, o chamado *Third Party Funding*, é algo inusitado na maioria das jurisdições no mundo, onde a figura é largamente desconhecida. No entanto, é um fenómeno que se torna, com o passar do tempo, cada vez mais difícil de ignorar, consistindo num tema em voga, que tem ganho expressão exponencialmente.

É possível denotar séries indefinições terminológicas na doutrina, utilizando-se indistintamente o termo *third-party funding* ora como uma modalidade específica de financiamento de litígios, ora englobando qualquer solução de financiamento de litígios, como os acordos de *contingency fee* ou algumas formas de contratos de seguro.²

No nosso estudo, iremos cingir-nos ao modelo de financiamento específico denominado por este brocardo, segundo o qual “uma parte num litígio recorre a uma entidade estranha à relação processual para que esta última lhe financie os custos da ação, 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.”³ Como se trata de um contrato não tipificado e de natureza jurídica discutível, os termos e as condições do *third-party funding* não se encontram uniformizados, podendo revestir contornos diversos, a título exemplificativo, quanto ao grau de controlo do litígio por parte do financiador.

A origem do financiamento de litígios remonta à Inglaterra da Idade Média, onde a nobreza financiava partes em litígios, visando a prossecução de interesses alheios ao mérito da ação, como o lucro financeiro e o enfraquecimento de nobres rivais.⁴ Esta

² Goldsmith, Camille e Fléchet 2012(a), p. 209-210.

³ O autor fornece, de seguida, uma descrição mais completa: “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*”. Henriques 2015, p. 575-578.

⁴ Osmanoglu 2015, p. 328.

prática foi eventualmente classificada de *champerty* e *maintenance*, proibindo-se a sua prática.⁵

Com o tempo, estas proibições foram-se erodindo nas jurisdições de *common law*, o que fomentou o surgimento de um verdadeiro mercado de financiamento de litígios no seio do contencioso judicial. Surgindo inicialmente na Austrália dos finais dos anos 80, com o passar do milénio o financiamento de litígios difundiu-se noutras jurisdições, quer de *common law* quer de *civil law*, como foi o caso nos Estados Unidos da América, na Inglaterra, na França e na Alemanha⁶, e resvalou para o domínio da arbitragem, particularmente na arbitragem comercial internacional e na arbitragem de proteção de investimentos estrangeiros, onde o nível de complexidade acaba por conduzir a processos arbitrais morosos e extremamente dispendiosos.⁷ Devido à prevalência de ações de elevado valor, à potencial agilização do processo arbitral e redução dos custos da prova, à habilidade das partes de influenciar certas variáveis como a perícia do órgão-decisor e ao alto grau de exequoriedade da sentença arbitral, a arbitragem afirma-se como uma área extremamente apetecível à indústria do financiamento de litígios.⁸

A intervenção dos terceiros financiadores nos processos arbitrais não é sistemática, como é o caso dos advogados, árbitros, peritos ou as instituições arbitrais, mas a sua presença incremental desperta uma panóplia de questões legais e éticas que podem afetar estes atores, bem como o quadro jurídico da arbitragem internacional. O nosso estudo irá incidir sobre alguns destes desequilíbrios processuais que o terceiro financiador desencadeia no processo arbitral, e sobre a medida cautelar, a *security for costs*, que é mormente apontada como a mais adequada para os compensar.

Resta-nos acrescentar, em tom de nota de rodapé, que o mercado de terceiros financiadores em Portugal encontra-se num estado embrionário, revelando-se ainda desconhecido para muitas empresas e sociedades de advogados portuguesas. No entanto, os custos elevados dos litígios ou arbitragens complexas têm levado a que pequenas e

⁵ “*Champerty*” refere-se à sustentação de uma ação por uma pessoa que não tem interesse nela. Por sua vez, “*Maintenance*” é uma espécie particular de “*Champerty*” onde a parte que sustenta a ação com o intuito de lucrar com ela. Lyon 2010, p. 579; Steinitz 2011, p. 1286-1287.

⁶ Goldsmith e Melchionda 2012(a), p. 54-55.

⁷ Pereira 2016, p. 88-89; Numa sondagem de 254 arbitragens comerciais internacionais, conduzida entre 1991 e 2010, concluiu-se que, em média os demandantes gastaram aproximadamente £1,580,000, enquanto que os demandados tiveram uma despesa média de £1,413,000. *Costs of International Arbitration Survey*, sondagem conduzida pela *Chartered Institute of Arbitrators* 2011, p. 13: Um relatório da OECD veio afirmar que os custos legais e arbitrais da arbitragem de proteção de investimentos têm, em média, o valor de 8 milhões de USD. *Government Perspectives on Investor-State Dispute Settlement* 2012, p. 8.

⁸ Rogers 2014, p. 180

médias empresas lusitanas procurem financiamento externo. O seu estudo académico também tem vindo a aumentar paulatinamente, com a publicação de um crescente número de estudos que incidem sobre este tema. O potencial para o financiamento de litígios em Portugal é evidente.⁹

1.1. Os diferentes modelos de financiamento.

Enquanto que alguns financiadores abordam o financiamento de litígios de forma despegada, procurando não interferir na gestão do processo, outros exercem um grau, tanto mais baixo ou mais elevado, de controlo e fiscalização sobre a causa.

Vários autores têm procurado categorizar esta diversidade, diferenciando os financiadores ditos “*hands-on*” ou ativos e os financiadores “*hands-off*” ou passivos. Estas matrizes são traçadas em linhas gerais, observando-se divergências entre os esquemas delineados pela doutrina.

Os primeiros são tomados como puros investidores que, no decurso do processo, se limitam a transferir periodicamente os fundos necessários ao financiado e a ser informados dos desenvolvimentos do processo por ele, o qual mantém controlo total sobre a condução da sua ação. Este modelo predomina na europa, particularmente no Reino Unido onde as proibições residuais do *champerty* e *maintenance* exercem maior peso.¹⁰ Levantam-se dúvidas relativamente ao quão passivo o investidor “*hands-off*” realmente é. Na sua matriz, WAYE distingue dois modelos: o primeiro no qual o financiador assume controlo total da causa; e o segundo no qual o titular da pretensão mantém controlo sobre a condução da causa e sobre a assessoria jurídica. Não obstante, a autora não preconiza um investidor que seja totalmente passivo. O seu segundo modelo aproxima-se mais do investidor ativo descrito DESTEFANO.¹¹

Os segundos investem o seu conhecimento e experiência juntamente com o seu capital, distinguindo-se dos primeiros ao providenciar uma panóplia de serviços

⁹ Henriques e Albuquerque 2017, p. 113.

¹⁰ Veljanovski 2011, p. 408; O código regulatório criado pela *Association of Litigation Funders of England and Wales* dita explicitamente que o financiador “*will not seek to influence the Funded Party’s solicitor or barrister to cede control or conduct of the dispute to the Funder.*” 9.3.

¹¹ Waye 2007, p. 249-250.

adicionais de auxílio à gestão da causa.¹² Em conformidade com o maior investimento, os investidores ativos procurarão deter um maior grau de controlo, expectando influenciar a estratégia processual, participar ou controlar na escolha dos advogados e árbitros, e deter o poder de se desvincular do acordo de financiamento.¹³

Existe ainda uma terceira categoria na qual se inserem os financiadores que adquirem a titularidade da ação, assumindo o encargo de financiar conduzir a causa em tribunal.¹⁴ Na grande maioria dos casos abrangidos por estes modelos, os contornos do caso já se encontram esboçados quando são apresentados ao terceiro financiador: é comum a ação já se encontrar a decorrer em tribunal, ou na iminência de ser proposta.¹⁵ Mas tal nem sempre se verifica. É possível diferenciar casos em que o financiador, através da sua própria investigação, descobriu o direito controvertido que pretende tutelar e decide intentar a ação *sua sponte*.¹⁶ Em alternativa, o financiador pode adquirir controlo total sobre uma ação que já se encontra plenamente formada. Por exemplo, este poderá “comprar” a causa através de uma sub-rogação do direito de ação quando o direito lhe permita, ou adquirir uma patente que pretende efetivar jurisdicionalmente.¹⁷

VON GOELER critica esta esquematização, argumentando que o financiador não hesitará a concessão de serviços adicionais sempre que o demandante necessitar e aquele o julgar necessário para proteger o resultado do seu investimento.¹⁸ Seguimos as suas pegadas no sentido de que procurar diferenciar entre fundadores “*hands-on*” e “*hands-off*” poderá representar uma falsa dicotomia, sendo mais útil para o presente estudo enfocar as formas potenciais de controlo que o financiador pode exercer sobre a ação.

1.1.1 Controlo na negociação do acordo de financiamento.

¹² DeStefano 2013, p. 323. Esta ideia é partilhada por alguns *funders* que rejeitam qualquer ideia de controlo sobre o processo, argumentando que as decisões remanescem nas mãos do seu cliente e da sua representação jurídica. Na sua ótica, a distinção entre uma abordagem “*hands-on*” ou uma abordagem “*hands-off*” encontra-se centrada nos serviços adicionais que estes últimos fornecem face aos primeiros. Scherer, Goldsmith e Fléchet 2012, p. 211.

¹³ Waye 2007, p. 253-254.

¹⁴ DeStefano individualiza estes casos na sua própria categoria, mas Veljanovski e Waye parecem reconduzi-los à categoria de financiador ativo ou “*hands-on*”. DeStefano 2013, p. 326; Veljanovski 2011, p. 408; Waye 2007, p. 249.

¹⁵ DeStefano 2013, p. 326.

¹⁶ *Ibidem*; Veljanovski 2011, p. 408.

¹⁷ DeStefano 2013, p. 326-327.

¹⁸ Von Goeler 2016, p. 48, nota 261.

O próprio processo de avaliação da força da pretensão jurídica, que culmina na decisão de investir ou não que cabe aos financiadores, constitui logo à partida um potencial foco de controlo. É previsível que estes exerçam controlo sobre a construção do caso na negociação do acordo de financiamento, onde podem realçar alguns termos como condicionantes da sua celebração.¹⁹ Este é o típico caso da escolha do aconselhamento jurídico: o financiador poderá não selecionar a representação legal diretamente, mas a equipa jurídica proposta pelo financiado poderá necessitar da sua aprovação como *conditio sine qua non* do seu investimento.²⁰

A designação de árbitro ou árbitros apresenta-se como outro foco de controlo. Caso esta decisão não tenha sido tomada à data da negociação do acordo de financiamento, é expectável que o terceiro financiador a procure influenciar em molde semelhante à da escolha do aconselhamento jurídico.²¹

Esta é uma fase crucial para o terceiro financiador, mas não esgota de forma alguma a sua habilidade de controlar a condução do processo.

1.1.2 Controlo sobre decisões estratégicas importantes.

O acordo de financiamento pode conceder ao terceiro financiador o direito de influir nas decisões surjam no decurso da ação. Alterações à equipa de advogados da parte financiada ou decisões quanto a acordo ou transação judicial poderão ser alvo de cláusulas contratuais específicas, ou, por outro lado, poderá ser estabelecida uma cláusula geral que submeta qualquer decisão estratégica de vulto à aprovação do terceiro financiador.²²

Resta-nos apontar que os *funders* não podem impor a sua vontade perante a parte e o seu representante legal caso estes assumam comportamentos contrários aos seus conselhos ou diretrizes. Este direito contratual só é dotado de força em conjunção com outras formas de controlo que o terceiro financiador pode exercer sobre a condução do processo, nomeadamente a alocação do orçamento fornecido e os termos de rescisão do contrato.²³

¹⁹ *Ibidem*, p. 26.

²⁰ Goldsmith e Melchionda 2012(a), p. 57. Sobre a importância primordial da escolha da representação legal para os terceiros financiadores, *vide* Scherer e Goldsmith 2012, p. 215-216.

²¹ Scherer e Goldsmith 2012, p. 216.

²² Steinitz 2011, p. 509-510; Von Goeler 2016, p. 35.

²³ Von Goeler 2016, p. 41.

1.1.3 Orçamento dos custos legais do processo arbitral.

Os contornos do investimento do terceiro financiador encontram-se delineados no orçamento dos custos legais do processo arbitral, que é rotineiramente negociado numa fase inicial e inserido no acordo de financiamento.²⁴ A estrutura deste orçamento determina a quantidade máxima de capital cedida ao caso, bem como a sua distribuição pelas várias categorias de despesas e pelos itens individuais que as compõem.²⁵

O orçamento inicial não passa, porém, de um ponto de partida para um processo de renegociação constante que acompanha o desenvolvimento do processo e as novas informações que, entretanto, surjam.²⁶ É comum os acordos de financiamento incluírem contingências para fazer face a alterações materiais do caso, dado que os custos de um determinado caso não podem ser calculados com precisão exata.²⁷

Mesmo assim, quando as faturas enviadas pela representação legal da parte financiada extravasam o contratualmente previsto, esta pode ser pressionada a justificar despesas imprevistas. A necessidade de justificar despesas efetuadas não é algo de estranho no exercício da advocacia, mas é necessário denotar que uma equipa de financiadores de litígios será um fiscal mais competente que a maior parte dos clientes empresariais.²⁸ Paira sobre a parte financiada a ameaça credível de o financiador recusar a continuação do financiamento na eventualidade de não aceitar a explicação fornecida pelo apoio jurídico da parte que financia.²⁹

1.1.4 Termos de rescisão.

Os acordos de financiamento de litígios tendem a especificar os fundamentos que legitimam o terceiro financiador a rescindir o contrato, bem como as suas consequências. Estas cláusulas apresentam sérias variações na indústria do financiamento de litígios,

²⁴ Veljanovski 2011, p. 422.

²⁵ Von Goeler 2016, p. 29.

²⁶ Veljanovski 2011, p. 422; Seidel 2013, p. 26.

²⁷ Von Goeler 2016, p. 42.

²⁸ Steinitz 2011, p. 499-500.

²⁹ Von Goeler 2016, p. 42.

desde autorizarem o terceiro financiador a dissolver o contrato de financiamento de acordo com sua inteira descrição, a reservar ao financiador o direito de descontinuar o seu financiamento em caso de incumprimento material do contrato ou de alteração adversa significativa da ação financiada.³⁰

As consequências da resolução do acordo também variam consoante o teor das cláusulas, seguindo, tipicamente, os seguintes traços. Se o financiador tiver rescindido unilateralmente, de acordo com a sua descrição, este terá perdido o montante investido. Por outro lado, na hipótese de resolução por incumprimento contratual por parte do financiado, o financiador poderá exigir o reembolso do seu investimento e ainda, na eventualidade de o litigante prosseguir com a ação e ser bem-sucedido, receber o seu quinhão da sentença. Por fim, no caso de a rescisão ser motivada pela alteração das circunstâncias materiais da ação, o financiador poderá pedir o reembolso do montante investido, mas não irá beneficiar de qualquer resultado no processo.³¹

Não obstante a rescisão contratual conformar a última linha de defesa do investimento realizado pelo financiador, ficando a ideia de que não se servirá dela levemente, permanece a possibilidade subliminar de que o financiador poderá terminar o contrato, possibilidade esta que poderá compelir a parte financiada e a sua equipa jurídica a aplacar os desejos do *funder*.³²

1.2. As vantagens.

As vantagens do *third party funding* já foram bem documentadas. O principal benefício deste modelo de negócio centra-se, sem sombra de dúvida, no fortalecimento do direito universal ao acesso à justiça³³, possibilitando que a interposição de uma demanda bem fundada não seja prejudicada pela falta de recursos financeiros da parte. As empresas em situações financeiras deterioradas são assoladas com enormes dificuldades no exercício dos seus direitos na arbitragem, quanto mais em defender-se

³⁰ *Ibidem*, p. 35-36.

³¹ Smith 2012, p. 21-22; Bouzols Breton et al 2014, anexo 3, 7; Hodges, Peysner e Nurse 2012, p. 79-80.

³² Von Goeler 2016, p. 44.

³³ As dificuldades de acesso à justiça são uma preocupação fulcral da arbitragem, já que não existe uma solução consertada que transponha as respostas preceituadas no direito processual civil nacional para o plano internacional. Júdice 2018, p. 57.

quando outra parte intenta um processo arbitral contra si.³⁴ Por sua vez, o *third-party funding* apresenta-se como uma solução passível de suprimir a sua incapacidade de fazer face às despesas associadas à litigância de índole arbitral, suscetíveis, dado à sua natureza, de criar dificuldades financeiras.³⁵

O *third party funding* não aproveita apenas a empresas insolventes. Este esquema de financiamento pode também ser utilizado por empresas que detêm meios suficientes para financiar autonomamente a ação, mas que pretendem libertar recursos financeiros a outras finalidades, como a manutenção do funcionamento normal da empresa ou a realização de outros investimentos mais lucrativos ou prioritários.³⁶ O financiamento por terceiros permite mitigar, parcial ou totalmente, os riscos económicos que advêm da instauração de uma ação arbitral.

É comumente defendido que o terceiro financiador fornece ao autor uma pré-apreciação da seriedade e das expectativas quanto ao resultado da demanda a intentar. Como a decisão em investir é fruto de uma avaliação rigorosa e multifacetada, feita por uma entidade independente e objetiva, irá conformar um juízo sobre a probabilidade de sucesso da ação que está prestes a ser iniciada. Como os terceiros financiadores auscultam as forças e as fraquezas de uma ação, só financiando as mais fortes³⁷, é argumentado que o financiamento acarreta uma “presunção de mérito”, funcionando o processo de avaliação rigoroso que antecede a decisão de investimento como um mecanismo de filtragem de causas desprovidas de mérito.³⁸ A veracidade desta perceção deixa-nos algumas dúvidas, que iremos colocar no seguinte capítulo.

³⁴ Este desequilíbrio financeiro abre portas a abusos, podendo a parte com mais músculo financeiro forçar a parte mais débil a aceitar as suas pretensões por não ter capacidade para lhes resistir. *Judice* 2018, p. 58.

³⁵ O recurso à arbitragem lança particulares desafios financeiros às partes, dado que estas devem adiantar preparos de honorários extremamente elevados. A conveniência do *third-party funding* é ainda maior em ordenamentos jurídicos onde o apoio judiciário não existe, onde este não é estendido a entidades coletivas, ou não é aplicado no domínio da arbitragem. No âmbito da arbitragem de investimento, onde não são raros os casos em que a entidade que promove a lide foi expropriada do seu único ativo e, encontrando-se privado dos únicos colaterais que poderia oferecer, ser-lhe-á inviável recorrer ao financiamento tradicional. Nas palavras de HENRIQUES, “Apenas um financiador com capacidade para avaliar convenientemente o ativo consistente num “direito à ação” permite à parte lesada promover o exercício jurisdicional dos seus direitos.” *Henriques* 2015, p. 588; *Khouri, Hurford e Bowman* 2011, p. 4.

³⁶ *Henriques* 2015, p. 589; *Von Goeler* 2016, p. 83-84.

³⁷ *Seidel* 2013, p. 25: “*Through various stages of analysis, the potential investor examines the facts, law and issues at stake in the claim – does its “due diligence” – to determine what the chances are that the claim will be successful and what amount the claimant may be able to recover. Funders generally look for claims that have about a 75% chance of being successful.*”

³⁸ *De Brabandere e Lepeltak* 2012, p. 384; *Henriques* 2015, p. 590; *Masiá*, 2016, p. 208.

2. PROBLEMÁTICAS SUSCITADAS PELO THIRD-PARTY FUNDING

2.1. O aumento da quantidade de causas frívolas interpostas.

Associado a estes benefícios do *third-party funding*, não se pode deixar de reconhecer graves inconvenientes que advêm do financiamento de litígios por terceiros, sobre os quais nos iremos debruçar.

Contraposto a esta promoção do acesso à justiça surge a preocupação de se estimular o risco de aparecimento de pretensões frívolas. Ao providenciar um novo mecanismo de financiamento, o volume de litígios interpostos irá logicamente aumentar, entre os quais ações infundadas.³⁹

Um aumento da quantidade de ações interpostas bem fundamentadas não é condenável, mas já se figurará problemático um acréscimo de causas frívolas. JÚDICE alerta que na arbitragem, não é incomum uma parte munida de uma pretensão fraca dar início a um processo com o subterfúgio de forçar a parte contrária a optar por um acordo e inflacionar o montante pedido na sua pretensão com a expectativa de aumentar a probabilidade de obter uma maior indemnização.⁴⁰

Como já afirmámos, muitos autores argumentam que o processo de avaliação rigoroso que antecede a decisão de investir ou não em determinado pleito conduz a que ações infundadas venham a ser filtradas e rejeitadas pelo financiador.⁴¹ No entanto, como *Mick Smith*, cofundador da *Calunius Capital*, uma empresa dedicada ao financiamento de litígios, afirmou, “*The perception that you need strong merits is wrong – there’s a price for everything.*”⁴²

Como todos os investidores sofisticados, as empresas dedicadas ao *litigation funding* baseiam as suas decisões nas expectativas de retorno, composto por uma multiplicidade de fatores de entre os quais a probabilidade de sucesso da pretensão é somente mais um

³⁹ Beisner, Miller e Rubins 2009, p. 6. “*A condition in the funding agreement can always make a weak case worthwhile for the financier. Eventually, frivolous, high-risk claims might inflate the value of funders’ portfolios.*” Olivet e Eberhardt 2012, p. 59.

⁴⁰ Júdice 2018, p. 58.

⁴¹ De Brabandere e Lepeltak 2012, p. 384; Masiá, 2016, p. 208; Henriques 2015, p. 590.

⁴² Olivet e Eberhardt 2012, p. 59.

componente. Outro componente, o “*potential amount of recovery*”, é essencial; se o potencial prémio a recuperar for grande o suficiente, a pretensão será um investimento apetecível, mesmo que a possibilidade de vencer seja reduzida.⁴³ Nas palavras de KAHALE III, *Third party funding is a bit like drilling for oil. You know you will be drilling a lot of dry holes, but one discovery can make it all worthwhile. (...) With the right tribunal and a state caught off guard or otherwise unable to manage the situation easily, the stage could be set for a settlement that transforms a losing investment into a winner and provides funding for a series of other cases.*⁴⁴

Os terceiros financiadores podem ainda mitigar o seu risco de perda de variadas formas, ao exigir, por exemplo, uma maior fatia dos resultados do processo, ou através da diversificação do seu investimento, espraçando o capital por uma carteira de causas, ou repartindo o risco com outros investidores.⁴⁵ Por este motivo, as entidades dedicadas ao *litigation funding* não são adversas à tomada de grandes riscos e estão dispostas a financiar casos especulativos e com grandes expectativas de retorno. O mercado dos terceiros financiadores reflete este facto, denotando-se o surgimento de *hedge funds* especializados em casos de alto risco nos Estados Unidos.⁴⁶

2.2. O aumento dos custos a cargo do demandado.

A parte que beneficia de financiamento irá, naturalmente, ter acesso a uma representação jurídica e a estratégias processuais que lhe estariam naturalmente vedadas, gerando custos que extravasam o que a parte iria gerar, caso esta se autofinanciasse. A contraparte ver-se-á, conseqüentemente, compelida a subir a parada, incorrendo em custos adicionais, que normalmente não existiriam ou existiriam em menor medida.⁴⁷

Poder-se-á presumir certamente que uma defesa contra um autor financiado por um terceiro financiador será significativamente mais dispendiosa do que uma defesa contra

⁴³ Beisner, Miller e Rubin 2009, p. 5-6: “*For this reason, litigation-finance companies have a high appetite for risk and are willing to fund speculative, high-yield cases.*” *Put simply, the present value (excluding inflation and opportunity cost) of a \$500 million claim with only a 10% chance of success is still \$50 million.*”. Sobre os vários factores considerados na decisão de investir, *vide* Seidel 2013, p. 26-28. Darwazeh e Leleu 2016, p. 130 “*In this vain, a higher rate could make it worthwhile for a funder to take the risk of fundmding a frivolous claim.*”

⁴⁴ Kahale III 2012, p. 33.

⁴⁵ Beisner, Miller e Rubin 2009, p. 5-6.

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ Goldsmith e Melchionda 2012(b), p. 222-223.

um autor financeiramente débil que depende apenas dos seus recursos internos. Estas preocupações são de alguma forma compensadas pela importância estratégica da contenção de despesas por parte dos financiadores, que procuram minimizar os seus gastos de forma a otimizar o retorno do seu investimento.⁴⁸ Consequentemente, VON GOELER revela-se suspeito de qualquer generalização sobre o impacto que o terceiro financiador exerce sobre o valor das despesas processuais.⁴⁹

Uma análise estatística sobre este ponto seria capaz de dilucidar esta incerteza. Mas caso o panorama mais pessimista se confirme, deparar-nos-íamos com a situação caricata e algo paradoxal de um mecanismo que, não obstante ter sido originado com o intuito de auxiliar as partes a fazer face aos custos acrescidos da arbitragem internacional, acabaria por contribuir para o seu encarecimento.

2.3. A intensificação do risco de o demandado não reaver os seus custos legais.

Mais gravoso ainda é o facto de que, apesar do aumento provocado nos seus custos legais pelo terceiro financiador, o demandado que logrou na sua defesa poderá revelar-se incapaz de recuperar as suas despesas. Mesmo quando lhe for outorgado o direito a ser reembolsado pelos custos que suportou no processo nos termos do modelo “*costs follow event*”, o demandado poderá ser incapaz de executar o seu crédito quer perante o autor, quer perante o terceiro financiador, verificando-se o que KALICKI apelidou de um *hit-and-run* arbitral.⁵⁰

Antes de nos debruçar-mos sobre o conceito de *hit-and-run* e a sua relação com o *third-party funding*, é necessário proceder a uma breve exposição sobre o referido modelo “*costs follow the event*” e sobre a prerrogativa de alocar a divisão e responsabilidade pelos custos dos tribunais arbitrais, sendo sobretudo nos casos em que uma das partes é encarregue de pagar a totalidade ou parte dos custos da sua contraparte que surge a problemática aqui exposta.

⁴⁸ Von Goeler 2016, p. 87-88. Defendendo que o terceiro financiador contribui para uma diminuição dos custos legais em geral, *vide* Veljanovski 2012, p. 440.

⁴⁹ Von Goeler 2016, p. 344-346.

⁵⁰ Kalicki 2006.

2.3.1. A divisão da responsabilidade dos custos originados no processo arbitral pelas partes.

Caso não exista acordo das partes, lei, ou regra arbitral que disponha em contrário, é consensual o facto de que a esmagadora maioria dos tribunais arbitrais detém o poder de decidir quanto à divisão e responsabilidade das partes pelos seus custos legais, associados aos honorários de advogados, peritos e testemunhas, e pelos custos institucionais do tribunal arbitral.⁵¹ Pelo contrário, persistem sérias dúvidas quanto à forma como este poder discricionário deve ser exercido.⁵²

Existem vários modelos possíveis que podem orientar a decisão de um árbitro quanto à adjudicação de custos, dos quais se destacam duas abordagens paradigmáticas. Referimo-nos ao modelo inglês, originário do direito romano e historicamente preponderante no mundo da *civil law*,⁵³ que se baseia no princípio *costs follow the event*, segundo o qual o perdedor é que paga os custos da parte vencedora, e ao modelo americano, baseado no princípio *pay-your-own* ou *pay-as-you-go*, de acordo com o qual cada parte é responsável pelas suas próprias despesas, dividindo-se os custos administrativos e processuais por ambas as partes.⁵⁴

Entre estes dois modelos, que se situam em polos opostos, é possível encontrar uma panóplia de modelos mistos, tais como a abordagem protagonizada por *Lars Welamson*, segundo a qual se repartem os custos de acordo com o grau de sucesso e com a conduta das partes no processo arbitral⁵⁵, e um modelo assente no critério de que cada parte deve pagar os seus custos legais enquanto que a parte perdedora deve arcar com as despesas institucionais do tribunal arbitral.⁵⁶

Apesar de não existir qualquer consenso na doutrina relativamente à melhor abordagem⁵⁷, é possível reconhecer na arbitragem comercial uma preferência acentuada pela adjudicação dos custos à parte perdedora, orientando, segundo um relatório realizado

⁵¹ Goldsmith e Melchionda 2012(b), p. 222.

⁵² Rovine 2016, p. 658.

⁵³ Pfennigstorff 1984, p. 40-44.

⁵⁴ Veljanovski 2011, p. 443

⁵⁵ Franck 2010, p. 793 Esta via encontra-se espelhada no artigo 28.º, n.º 4. do Regulamento do LCIA, e no artigo 52.º, n.º 2 do Regulamento de Arbitragem da CIETAC, onde se adita ao princípio geral de *costs follow the event* que devem ser tomados em conta vários fatores como o resultado e a complexidade do caso, o valor em disputa, e os esforços levados a cabo pela parte vencedora.

⁵⁶ Redfern e O'Leary 2016, p. 404.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 405; Rovine 2016, p. 658.

pela comissão da ICC, a grande maioria das decisões dos principais centros de arbitragem.⁵⁸

A convergência no modelo *costs follow the event* não é tão marcada no domínio da arbitragem de investimento, onde a abordagem tradicional ditava que cada uma das partes acarretaria as suas despesas legais e as suas despesas administrativas.⁵⁹ No entanto, tem-se verificado uma tendência crescente para a adoção da abordagem inglesa neste domínio, exigindo-se cada vez mais à parte vencida o pagamento das despesas legais e das custas institucionais da parte vencedora em determinadas circunstâncias, com base no grau de sucesso das partes e na sua conduta.⁶⁰

Esta tendência é observável tanto nas leis de arbitragem de vários países europeus, entre os quais Portugal,⁶¹ como nos estatutos de algumas das principais instituições arbitrais que optam por estabelecer uma presunção de que os custos devem recair sobre a parte perdedora ou ser atribuídos em função do grau de sucesso no processo, exceto quando circunstâncias particulares justificarem uma abordagem diferente.⁶² Outros centros de arbitragem limitam-se a conferir ao tribunal arbitral ampla discricionariedade quanto à atribuição de custos.⁶³

⁵⁸ Bondar 2016 p. 46, nota 5: “*Reports from arbitral institutions (eg ICC) show that pure CFTE prevails in approximately half of the cases; in a further 30% of the cases, the tribunals award some apportionment of costs*”; *ICC Dispute Resolution Bulletin* 2015, Issue 2, página 5, parágrafo 13.

⁵⁹ Franck 2010, p. 777

⁶⁰ Blackaby 2015, p. 8.168 e 8.169.

⁶¹ Nesta via destaca-se a secção 63 do *English Arbitration Act* 1996; a secção 1057(1) do código de processo civil alemão, o artigo 37.º da *Ley de Arbitraje*. No contexto nacional segue-se no mesmo sentido. O n.º 5 do artigo 42.º da Lei da Arbitragem Voluntária estabelece que “A menos que as partes hajam convencionado de outro modo, da sentença deve constar a repartição pelas partes dos encargos diretamente 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.”

⁶² Destacam-se o artigo 42.º, n.º 1 do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL (*‘costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party’*) e o artigo 28.º, n.º 4 do Regulamento do LCIA (*‘costs should reflect the parties’ relative success and failure in the 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.’* 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 desempenho e o comportamento processual das partes”.

⁶³ Assim o determinam o artigo 61.º, n.º 2 do Regulamento de Arbitragem da ICSID (*The Tribunal shall, except as the parties otherwise agree, assess the expenses incurred by the parties in connection with the proceedings, and shall decide how and by whom those expenses, the fees and expenses of the members of the Tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre shall be paid*) e o artigo 37.º, n.º 5 do Regulamento de Arbitragem da ICC (*‘[i]n making decisions as to costs, the arbitral tribunal may take into account such circumstances as it considers relevant, including the extent to which each party has conducted the arbitration in an expeditious and cost-effective manner’*).

O modelo inglês reflete preocupações de ordem pública. Conformando uma forte penalização em caso de insucesso, esta abordagem visa indemnizar as partes bem-sucedidas na causa e desencorajar a proposição de ações ou dedução de defesas frívolas, contribuindo para uma redução do volume de litigância e um incremento da resolução alternativa de litígios.⁶⁴

É possível encontrar no princípio *costs follow the event*, e nos objetivos que lhe são subjacentes, um importante rebater dos efeitos práticos nocivos do *third-party funding*, na medida em que poderá promover um aumento da interposição de causas frívolas como foi anteriormente exposto. Como tal, é ainda mais chocante o papel prejudicial que o terceiro financiador tem na sua efetivação prática, na medida em que potencia a ocorrência de *hit-and-runs* e aumenta a probabilidade de se inviabilizar a execução de uma condenação em custas.

2.3.2. O *third-party funding* como potenciador de *hit-and-runs* arbitrais.

Como já referimos, um *hit-and-run* refere-se a uma situação em que o beneficiário de uma condenação em custas é incapaz de a executar com êxito, e o *third-party funding* contribui diretamente para um aumento da probabilidade de tal ocorrência.⁶⁵ Imagine-se que o demandante, financiado por um terceiro, não tem património que um demandado que beneficie de uma condenação em custas possa atacar para valer o seu crédito.⁶⁶ O autor também não poderá coagir o terceiro financiador a responder diretamente. Como o *funder*, em regra, não é parte signatária da convenção de arbitragem nem participa formalmente no processo arbitral, este não reveste o papel de parte e, conseqüentemente, não se encontra abrangido pela jurisdição do tribunal arbitral.⁶⁷

Por esta razão, levanta-se a possibilidade de uma parte financiada utilizar deliberadamente a figura do terceiro financiador de forma a litigar com a capacidade de furtar à responsabilidade pelos custos se não for bem sucedida.⁶⁸ O exemplo mais comum refere-se a um demandante que, de forma a se escudar de uma potencial responsabilidade

⁶⁴ Smith 2001, p. 32; Veljanovski 2012, p. 443; Franck 2010, p. 792.

⁶⁵ Rubins 2000, p. 361.

⁶⁶ É esta mesma escassez patrimonial que mormente motiva o demandado a procurar financiamento externo. Darwazeh e Leleu 2016, p. 130-131.

⁶⁷ Bertrand 2011, p. 613.

⁶⁸ Von Goeler 2016, p. 358.

pelos custos incorridos pela parte contrária, transfere o seu património para outra entidade.⁶⁹ Nestes casos, o demandante perfaz um mero veículo processual, uma espécie de “empresa de fachada”, destinado a coletar os espólios da vitória na causa e a obviar à reivindicação de uma condenação em custos se a causa for infrutífera.

2.3.2.1 Hit-and-runs incidentais.

No entanto, estas situações não esgotam o âmbito dos *hit-and-runs*. Apesar de o termo conotar um certo elemento de má-fé ou um qualquer comportamento abusivo, nem todos os casos em que sucede um *hit-and-run* consubstanciam uma conduta com tais traços.

Nos casos em que o demandante recorreu ao terceiro financiador em virtude de não possuir recursos financeiros suficientes para cobrir as despesas resultantes do processo, a chance de que não tenha bens suficientes para responder por uma condenação ao pagamento das custas da parte vencedora é elevada. A lógica deste raciocínio é simples: se a parte financiada não possui meios financeiros para cobrir os seus próprios gastos, não possuirá, na maior parte dos casos, meios financeiros para reembolsar os custos incorridos pela contraparte.⁷⁰ Quando uma parte, em situação análoga à aqui descrita, recorre a um financiador, e este não se compromete a responder por uma possível condenação em custas, pode surgir um *hit-and-run* que não é fruto de premeditação mas que ainda assim ocorre acidentalmente.⁷¹ Ademais, se o financiamento por um terceiro resultar num encarecimento da arbitragem nos termos em que mencionámos, acabará por potenciar o risco de um *hit-and-run* surgir: ao provocar uma conjuntura de inflação das despesas legais de ambas as partes, o risco de os custos gerados pelo demandado extravasarem a capacidade de reembolsar do demandante aumenta substancialmente.⁷²

Os *hit-and-runs* não sucedem somente aquando do fim do processo arbitral, podendo ocorrer até no decurso do processo arbitral, anteriormente a qualquer condenação em custos. Na eventualidade de o financiador rescindir o seu apoio financeiro no decurso de

⁶⁹ “With no way to “pierce the veil” between shell companies and their benefactors, claimants are perversely incentivized to deplete or hide assets and find temporary outside funding to avoid costs awards afterwards.” Rubins 2000, p. 361.

⁷⁰ Darwazeh e Leleu 2016, p. 130, 131.

⁷¹ Kalicki 2006; Von Goeler 2016, p. 358-359.

⁷² Goldsmith e Melchionda 2012(b), p. 223.

arbitragem, a parte financiada poderá ser consequentemente forçada a abandonar a causa, e a contraparte impossibilitada de reaver as despesas originadas na ação.⁷³

Tal se verificou no caso *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. v. Romania*⁷⁴ onde a empresa *S&T Oil Equipment*, desprovida de meios para intentar a ação, recorreu ao financiamento de *Juridica Investments Limited* durante 2 anos, ao fim dos quais esta entidade financiadora rescindiu unilateralmente o acordo de financiamento celebrado. O terceiro financiador intentou posteriormente uma ação arbitral contra o seu antigo financiado, pedindo a restituição das despesas que avançou ao longo do processo, em conformidade com os termos do acordo de financiamento.

O demandante, confrontado com um longo e complexo processo arbitral para evitar reembolsar o seu antigo financiador pelos custos que este adiantou e tendo perdido inclusive o seu aconselhamento jurídico que era fornecido por sua conta, descontinuou os seus esforços na prossecução da ação em razão de se encontrar incapaz de avançar com o adiantamento de custos administrativos exigido pelo tribunal. O demandando perdeu qualquer chance de recuperar as suas despesas legais, que foram inflacionadas pelas injeções de capital contínuas do terceiro financiador.⁷⁵

Este caso traduz perfeitamente os riscos associados ao terceiro financiador: caso *S&T Oil* não se tivesse socorrido da ajuda de *Juridica*, a ação teria sido abandonada mais cedo e os custos da Roménia ver-se-iam reduzidos. Este risco não está presente somente quando haja intervenção de um terceiro financiador, mas este risco, e as consequências negativas destas situações, são por si potenciados.⁷⁶

O caso *Ambiente Ufficio v. Argentine Republic* partilha contornos semelhantes, onde o financiador se afastou do caso após seis anos de uma custosa fase jurisdicional. Santiago Torres Bernárdez, um dos co-árbitros, manifestou mesmo o seu desagrado para com a decisão maioritária de não alocar as custas aquando da ordem de suspensão do processo.⁷⁷

⁷³ “Where the funded party relies upon the funder for the financing of his claim, such provisions may expose the opposing party to costs risks (i.e. the risk of being unable to collect costs from a defaulting entity no longer supported by TPF) in the event the funder should decide to withdraw funding because the claim appears to have weakened over time.” Goldsmith e Melchionda 2012(a), p. 59.

⁷⁴ *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. et al. v. Juridica Investments Ltd. et al.*, ação cível n.º H-11-0542, *Memorandum and Order*, datada de 25 de Abril de 2011, parágrafos 5-6, 10-11, 14.

⁷⁵ Olivet e Eberhardt 2012, p. 59.

⁷⁶ Cremades 2011, p. 32; Darwazeh e Leleu 2016, p. 131; Redfern e O’Leary 2016, 398-399.

⁷⁷ “The Order has also failed to allocate costs as between the Parties because the opposition of my co-arbitrators, leaving in a limbo pending financial matters (...).” *Ambiente Ufficio S.p.A e outros v. Argentine Republic*, caso ICSID N.º ARB/08/9. *Individual Statement to Order of Discontinuance of the Proceeding*, de 4 de Maio de 2015; Darwazeh e Leleu 2016, p. 131-132.

2.3.3 Considerações finais sobre os *hit-and-runs* arbitrais.

Como é possível observar, a intervenção de um terceiro financiador é passível de colocar o demandado numa posição seriamente desfavorável. O demandado citado para se defender num processo arbitral é arrastado para participar num processo dispendioso, correndo o risco de, não o fazendo, ser condenado ao pagamento de um prémio à sua revelia, que pode ser executado em inúmeros países sob a égide da Convenção de Nova Iorque.⁷⁸

O único consolo que lhe resta, que é a possibilidade de ver os custos que incorreu na sua defesa reembolsados, arrisca-se a ser gorado. Se o seu demandante for “impecunioso”, só lhe restam dois cenários possíveis: o demandado perde, tornando-se devedor, ou vence, tornando-se credor não garantido do demandante falido pelos seus custos legais.⁷⁹ Dá-se origem a uma situação manifestamente injusta, que permite ao demandante litigar como se fosse uma parte solvente, mas sem arcar com o risco financeiro de uma derrota.⁸⁰ A injustiça não se prende só do ponto de vista da parte financiada, mas de igual modo com o terceiro financiador, que beneficia economicamente se a parte por si financiada for bem-sucedida na causa, mas não assume qualquer responsabilidade pelos custos da parte vencedora na hipótese da sua derrota.⁸¹

⁷⁸ Redfern e O’Leary 2016, 398; Referimo-nos à Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque, na data de 10 de Junho de 1958. Leia-se o seu artigo III: “Cada um dos Estados Contratantes reconhecerá a autoridade de uma sentença arbitral e concederá a execução da mesma nos termos das regras de processo adotadas no território em que a sentença for invocada, nas condições estabelecidas nos artigos seguintes.”

⁷⁹ Gu 2005, p. 168.

⁸⁰ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, caso ICSID n.º ARB/12/10, *Decision on Saint Lucia’s Request for Security for Costs with Assenting and Dissenting Reasons*, datada de 13 de agosto de 2014, parágrafos 12, 14. PINSOLLE refere-se a esta conjuntura como assimétrica e indesejável, onde o financiador combina o melhor dos dois mundos. Pinsolle 2012, p. 340.

⁸¹ Desempenhando também o papel de “advogado do diabo”, o autor contrapõe, no entanto, que o autor apenas se muniu de meios externos para aceder à justiça, não se revelando injusto o demandado perder a possibilidade de não se defender legalmente: “*The fact that the respondent has thereby lost the possibility of not having to defend its rights is not unfair.*” Von Goeler 2016, p. 359. Parece-nos, pelo contrário, que a injustiça que permeia o *hit-and-run* não está radicada no facto de o autor se fazer valor de um meio à sua disponibilidade para exercer a tutela jurisdicional a que tem direito, pretendendo-se sim com o facto de a presença de um terceiro financiador colocar em perigo o direito do demandado de recuperar as suas despesas caso consiga repelir a pretensão do autor. Tanto o direito a obter uma tutela jurisdicional como o direito processual de obter o reembolso dos seus custos são dignos de proteção.

Apesar do terceiro financiador originar diversos quesitos de difícil resolução, desequilibrando as delicadas balanças de risco no processo arbitral, não se justifica recluir ou proibir este mecanismo. O *third-party funding*, como MARTIN sustentou, deve ser domado, mas não proibido.⁸² Ao regular uma obrigação de divulgar a existência de financiamento por um terceiro e ao abrir as portas à chamada *security for costs*, com base nas circunstâncias concretas do caso, é possível minorar estas desvantagens.

2.4. Extensão da responsabilidade pelos custos a terceiros financiadores.

A extensão da responsabilidade pelos custos a terceiros financiadores foi postulada como uma possível solução a esta problemática, contemplando-se a vicissitude de o tribunal condenar um terceiro financiador a pagar os custos da parte vencedora e de todo o processo arbitral. Como HENRIQUES repara, a própria ideia parece um oxímoro pois “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?”⁸³

O ordenamento jurídico francês revela-se um dos mais flexíveis quanto a esta possibilidade, onde a doutrina e a jurisprudência admitem a extensão da convenção de arbitragem a partes não signatárias quando estas participaram na negociação ou na execução do contrato.⁸⁴ O impacto do terceiro financiador na convenção arbitral, na medida em que poderá ter contribuído para a sua efetivação, poderia justificar a aplicação deste precedente.

Não obstante, surgem vários obstáculos. A execução de uma condenação de custos assente numa extensão mais liberal e inusitada da convenção arbitral revelar-se-á de difícil aceitação. Acrescente-se ainda que não há qualquer relação de sociedade de grupo entre a parte financiada e o financiador, nem este último participa diretamente na negociação da convenção arbitral, critério relevante para efeitos de extensão da responsabilidade segundo a jurisprudência francesa.⁸⁵

⁸² “It should be regulated to eliminate unscrupulous entrepreneurs, but not to eliminate the industry and the options it offers that are not otherwise available.” Martin 2004, p. 77

⁸³ Henriques 2015, p. 605.

⁸⁴ Gaillard e Savage 1999, p. 281.

⁸⁵ Scherer, Goldsmith e Fléchet 2012(b), p. 661; Pinsolle 2013, p. 400-401.

São conhecidas algumas decisões no âmbito da *common law* em que o tribunal, motivado pelo elevado grau de controlo e interesse no caso, ordenou ao terceiro financiador o pagamento dos custos do processo.

No caso *Arkin v. Borchard Lines Ltd.*, a jurisprudência anglo-saxónica reforçou o princípio de que quando o financiador “*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.*”⁸⁶ O *Court of Appeal* inglês expandiu este precedente no julgamento *Excalibur*, particularizado pela frivolidade da pretensão do demandante, onde o tribunal ordenou os nove financiadores do autor ao pagamento dos custos do processo.⁸⁷

Surgiu uma decisão semelhante nos Estados Unidos da América, mais concretamente no acervo *Abu-Ghazaleh v. Chaul*, onde o *District Court of Appeal* da *Florida* ditou que um terceiro financiador que detiver um elevado grau de controlo sobre a condução da ação deverá ser encarado como uma verdadeira parte do litígio e, nesta qualidade, encarregado de pagar os custos processuais.⁸⁸

É possível observar, nos exemplos aqui explorados, que o elevado grau de controlo e interesse do terceiro financiador são um denominador comum⁸⁹, transparecendo nestas decisões o princípio de que quanto maior este referido grau for, mais exposto o financiador se encontrará a uma condenação ao pagamento de custos processuais.⁹⁰

Não se pode ignorar que estes casos surgiram perante tribunais judiciais onde o juiz detém um grau de coercibilidade superior ao que se pode esperar de um tribunal arbitral. Enquanto que aqueles são investidos de *jus imperium* conferido pelo poder soberano do Estado, a natureza consensual e voluntária da jurisdição arbitral significa que a adesão subsequente de um terceiro financiador à convenção de arbitragem carece do

⁸⁶ *Arkin v. Borchard Lines Ltd. & others*” *Court of Appeal de Inglaterra*, sentença de 16 de maio de 2005 [2005] EWCA Civ. 655.

⁸⁷ *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, §

⁸⁸ Nas palavras dos meritíssimos juízes, o financiador exercia “*such control thereof as to be entitled to direct the course of the proceedings*” and was a party to the suit.” “*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.

⁸⁹ Henriques 2015, p. 605.

⁹⁰ Von Goeler 2016, p. 418.

consentimento de todas as partes.⁹¹ Por este motivo, tipicamente faltará competência aos tribunais arbitrais para condenar o terceiro financiador ao pagamento dos custos processuais.⁹²

Embora os tribunais estaduais, os tribunais arbitrais e a doutrina recorram a uma série de doutrinas ou de expedientes jurídicos para permitir, em certas e determinadas circunstâncias, a extensão das convenções de arbitragem a terceiras entidades não signatárias das mesmas, como é o caso das teorias dos “grupos de empresas” e do levantamento da personalidade jurídica ou *alter ego*⁹³, estas não serão aplicáveis ao típico financiamento por terceiros.⁹⁴ Dado que não existirá qualquernexo empresarial entre o financiado e o seu financiador nem qualquer interesse direto do financiador na pretensão jurídica material, o envolvimento do terceiro financiador no processo arbitral motivado por puro interesse económico não é suficiente para justificar a sua sujeição à jurisdição arbitral, independentemente da sua intensidade.⁹⁵

Parece-nos prevalecer a ideia de que a responsabilização direta do terceiro financiador pelos custos processuais seria uma solução tremendamente inédita e extraordinária no domínio da arbitragem não tendo os tribunais arbitrais produzido, até hoje, qualquer decisão conhecida nesse sentido.⁹⁶

2.5. Impacto do terceiro financiador na adjudicação dos custos processuais.

Face à discricionariedade concedida aos tribunais para alocar o pagamento das custas, questiona-se em que medida o financiamento de uma das partes por um terceiro influirá na adjudicação das custas processuais. Como HENRIQUES habilmente exprimiu, “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

⁹¹ Blackaby et al 2015, parágrafo 2.59; Júdice 2018, p. 60: “*the Arbitral tribunal is a creature of the parties and only has jurisdiction on issues that the parties decided to allocate for decision by the tribunal and in relation to them.*”

⁹² Queen Mary e Westfield College University of London 2018, p. 161. Henriques 2015, p. 606; Von Goeler 2016, p. 420. Em sentido divergente, Lamm e Hellbeck 2013, p. 111-112; Stoyanov e Owczarek p. 196, que sugerem uma possível transposição do caso *Arkin* para o âmbito da arbitragem internacional, admitindo, no entanto, a falta de precedente de tal solução.

⁹³ Sobre uma análise mais incisiva das teorias, *vide* Steingruber 2012, p. 144-164.

⁹⁴ Queen Mary e Westfield College University of London 2018, p. 161.

⁹⁵ *Ibidem*. Von Goeler 2016, p. 219-220.

⁹⁶ Henriques 2015, p. 606; Von Goeler 2016, p. 420.

custos e despesas a recuperar junto da parte perdedora”, e é esta questão que procuraremos perscrutar neste capítulo.

Várias normas arbitrais estipulam que somente os custos incorridos pelas partes são recuperáveis.⁹⁷ As dificuldades surgem da interpretação da expressão “incorridas”: quando os custos foram cobertos pelo terceiro financiador, inclusive os honorários dos advogados, considera-se que foram incorridos por esta entidade ou foram antes incorridas pela parte financiada?

À primeira vista, uma leitura estrita do texto normativo parece sufragar a primeira hipótese, que, porventura, impediria a parte financiada triunfante na causa de obter o ressarcimento das suas despesas processuais.⁹⁸ Ainda assim, VON GOELER toma partido de que o vocábulo empregue não elide os casos em que o terceiro financiador cobre os honorários em vez da parte financiada, arrazoando que as normas só concretizam “quem” tem de incorrer os custos e nada sugerem quanto ao “modo” como o fazem.⁹⁹

A sua tese encontra menos obstáculos no que diz respeito às normas que apresentam uma redação mais ampla, como é o caso do artigo 38.º, alínea e) do Regulamento Suíço de Arbitragem Internacional, que se limita a aludir às despesas destinadas à “*legal representation and assistance*” como recuperáveis.

Já as regras mais restritivas, que determinam como unicamente recuperáveis os custos diretamente incorridos pela parte vencedora, dão lugar a maiores dificuldades.¹⁰⁰ De facto, poderá deferir-se da sua redação que os custos têm de ser pagos pela parte para se considerarem incorridos e recuperáveis por ela.¹⁰¹ Ainda assim, VON GOELER defende que a expressão “custos diretamente incorridos” deve ser interpretada como a exigência de que estes sejam diretamente relacionados com a arbitragem.¹⁰²

Resulta deste entendimento que as regras que requerem que os custos tenham sido “incorridos” ou “diretamente incorridos” pela parte que os pretende recuperar são amplas o suficiente para abranger custos que tenham sido cobertos pelo terceiro financiador.¹⁰³

⁹⁷ Encare-se, a título exemplificativo, o artigo 38.º do Regulamento de Arbitragem da ICC, onde se incluem no montante a reembolsar à parte vencedora quaisquer despesas, legais ou não, consideradas razoáveis que foram incorridas pelas partes na arbitragem.

⁹⁸ Scherer, Goldsmith e Fléchet 2012, p. 663.

⁹⁹ Von Goeler 2016, p. 379.

¹⁰⁰ *Ibidem.*

¹⁰¹ *Ibidem.* Scherer, Goldsmith e Fléchet 2012, p. 663.

¹⁰² Von Goeler 2016, p. 379-380.

¹⁰³ *Ibidem.*

A jurisprudência parece sufragar esta tese, sendo que até hoje surgiram várias sentenças onde o tribunal arbitral se recusou a sopesar a existência de um acordo de financiamento de litígio na alocação das despesas processuais.

A questão foi suscitada no caso *Kardassopoulos & Fuchs v. Georgia*, no qual os requerentes, que obtiveram o ganho de causa, pediram a condenação da República da Georgia ao reembolso dos custos que o terceiro financiador saldou em seu nome.¹⁰⁴ O Estado contestou que como os custos dos autores foram suportados em parte por um terceiro financiador, seria questionável que estes os pudesse reclamar.¹⁰⁵ O tribunal pronunciou-se no sentido de que o acordo celebrado entre a terceira entidade e o requerente não deverá relevar para a computação do montante a ser ressarcido, ordenando a *República da Georgia* ao reembolso das despesas processuais por inteiro, afirmando 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*”.¹⁰⁶

Esta passagem e a conclusão que lhe subjaz, foram subsequentemente reproduzidas e adotada nos casos *RSM Production Corporation v Grenada*¹⁰⁷ e *ATA Construction v. Jordan*.¹⁰⁸

No caso *Quasar de Valores v. Russia*, a parte financiada, que logrou no pleito e pretendia obter o reembolso de 14,5 milhões de *dollars*, não se encontrava contratualmente obrigada a restituir à entidade financiadora *Menatep* as verbas por ela suportadas.¹⁰⁹ O *funder* não procurou obter qualquer retorno financeiro com o seu

¹⁰⁴ *Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs v. Georgia*, casos ICSID n.º ARB/05/18 e ARB/07/15, *Award*, datada de 3 de março de 2011, parágrafo 680.

¹⁰⁵ *Ibidem*, parágrafo 686.

¹⁰⁶ *Ibidem*, parágrafos 691 e 692.

¹⁰⁷ No caso *RSM Production Corporation v. Grenada*, o demandante *RSM* admitiu o poder do tribunal arbitral de decidir sobre a alocação das despesas legais do processo, mas argumentou que só o poderia exercê-lo após se certificar que *Grenada* tinha suportado quaisquer custos. O tribunal rejeitou esta a premissa, citando expressamente a referida passagem do caso *Kardassopoulos & Fuchs v. Georgia*, e ordenou ao autor que reembolsasse os custos legais do Estado. *RSM Production Corporation v. Grenada*, caso ICSID n.º ARB/05/14, *Order of the Committee Discontinuing the Proceeding and Decision on Costs*, datada de 28 de abril de 2011, parágrafos 51 e 69.

¹⁰⁸ O tribunal arbitral adotou a decisão tomada no caso *Kardassopoulos & Fuchs v. Georgia*, citando-o ao rejeitar o argumento avançado pelo autor de que os custos do processo não lhe poderiam ser imputados devido à existência do terceiro financiador. *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*, caso ICSID n.º ARB/08/02, *Order Taking Note of Discontinuance of the Proceeding*, datado de 11 de julho de 2011, parágrafos 34-35.

¹⁰⁹ “*The usual arguments about the recoverability of costs where a party's participation in a case has been financed by a third party are inapposite here, because such third-party financing is typically part of a legally enforceable bargain under which the prevailing party in the arbitration has given up something in return for that support. Here, it is conceded that there is no legal duty on the part of the Claimants to*

financiamento, almejando apenas obter um precedente legal favorável.¹¹⁰ A contraparte protestou que o demandante não havia incorrido quaisquer custos no caso, dado que não teria que pagar nem ao seu financiador nem aos seus advogados.¹¹¹ O tribunal arbitral acedeu a este argumento, considerando que o a totalidade dos custos e despesas da ação foram incorridos pelo terceiro financiador e, dado que não lhe assistia qualquer direito de recuperar custos face à parte financiada, a pretensão de os reaver foi negada.¹¹²

Como é possível depreender da análise destas ações, a orientação maioritária tem caminhado no sentido de considerar irrelevante o facto de os custos terem sido saldados pelo terceiro financiador, incluindo-se, portanto, os custos no montante a ser pago à parte que obtenha ganho de causa, desde que o *funder* tenha direito a receber um *success fee* ou uma percentagem dos ganhos na causa como contrapartida do seu investimento.¹¹³

3. A CAUÇÃO PARA CUSTAS.

A grande maioria das leis nacionais e das regras de arbitragem admitem que os tribunais arbitrais, de forma a permitir uma condução eficiente do processo, dirigida à prolação de uma decisão em tempo útil e assegurando a sua eficácia, dispõe do poder de ordenar às partes a prática de determinados comportamentos através de medidas

hand over any recovery on account of costs to Menatep.” Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. Russian Federation, caso de Arbitragem SCC n.º 24/2007, Award datada de 20 de julho de 2012, parágrafos 223 e 224.

¹¹⁰ “*The tribunal’s tongue-in-cheek characterization of Menatep as the claimants’ “Good Samaritan” alludes to the fact that Menatep had a strategic interest in creating a favourable template for it’s own, much larger parallel Energy Charter Treaty majority shareholder claims against Russia, based on comparable facts and legal standards.*” Von Goeler 2016, p. 383.

¹¹¹ “*The Respondent’s position is this: “[The Claimants] have incurred no costs in this case. Stipulation from counsel: they don’t have to pay a penny of any recovery to counsel or to Menatep. It is a total free ride.” Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. Russian Federation, parágrafo 223.*

¹¹² “*On the one hand, the Claimants have neither expended money nor incurred obligations on account of the costs of pursuing their claims. On the other, Menatep, the Claimants’ Good Samaritan (as it were), has no standing before this Tribunal or indeed more generally under the BIT.” Ibidem, parágrafo 224.*

¹¹³ Henriques 2015, p. 604; Honlet 2015, p. 702-704; Sim 2017, p. 34. Ainda assim, BRABANDERE E LEPELTAK ressalvam a possibilidade de futuros tribunais e comités *ad hoc* considerarem o terceiro financiador e a influência que este detém sobre a condução do processo arbitral, operando uma distinção entre os *funders* que influenciam pesadamente na tramitação do processo e os que nenhuma ou pouco o fazem. Segundo os ilustres académicos, o tribunal arbitral poderá tomar em atenção a influência negativa que o terceiro financiador exerça no processo e considerá-la numa decisão de alocação de custos processuais. Brabandere e Lepeltak 2012, p. 393

cautelares ou ordens preliminares.¹¹⁴ De entre o catálogo das várias ordens e medidas cautelares de que o tribunal se pode servir, iremos debruçar-nos sobre uma medida especialmente potente que pode restaurar o equilíbrio processual posto em perigo pelo terceiro financiador: a caução para custas.¹¹⁵

3.1. O conceito de caução para custas.

A *security for costs* é uma medida cautelar, tipicamente requerida pelo demandado¹¹⁶, na qual se requiere ao tribunal arbitral que ordene a contraparte a prestar uma garantia que visa acautelar o cumprimento de uma eventual condenação no ressarcimento total ou parcial dos custos do processo.¹¹⁷ No caso de o tribunal arbitral conceder a medida cautelar e decretar a prestação de caução, o demandante deve pagar o montante determinado pelo tribunal através de garantia bancária, depósito numa conta caucionada ou através de qualquer outra forma de garantia equivalente.¹¹⁸ Se o demandante não cumprir a sua obrigação de prestar caução, a instância pode ser suspensa e até descontinuada com a força de caso julgado.¹¹⁹

¹¹⁴ Henriques 2015, p. 607

¹¹⁵ A caução para custas distingue-se das restantes medidas cautelares, na medida em que não necessita de apoio do poder estatal para ser aplicada ao contrário das restantes, que implicam a coerção à prática de um ato ou apropriação de bens. Gu 2005, 167.

¹¹⁶ Blackaby et al 2015, p. 317. No seu encaço, *vide* Henriques 2015, p. 607: “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.”

¹¹⁷ Gu 2005, p. 169; Masiá 2016, p. 216-217; Pereira 2016, p. 95; “Fundamentalmente, o Tribunal ordena que a parte contra a qual é requerida uma providência deste tipo preste uma garantia, assegurando-se, desta forma, que a parte vencedora conseguirá ver ressarcidos os custos que teve de suportar com a arbitragem. Com efeito, estas medidas concretizam-se na prestação de uma garantia que tem em vista acautelar o efeito útil de uma eventual condenação no ressarcimento total ou parcial dos custos do processo.” Pericão 2018, p. 72.

¹¹⁸ Rubins 2000, p. 320-321; Gu 2005, p. 198-200.

¹¹⁹ GU favorece a possibilidade de descontinuar o processo com força de caso julgado. Nas suas palavras, “(...) *To dismiss the complaint without prejudice when no security for costs has been provided would be inappropriate, since the claim could be refiled whenever the claimant deems appropriate.*” Gu 2005, p. 200. PINSOLLE adota uma posição diferente, objetando que em princípio o comportamento processual das partes não deverá impactar a decisão sobre o fundo da causa: “*On voit mal par ailleurs un tribunal arbitral tirer des conséquences sur le fond de l'affaire du non-respect d'une telle ordonnance.*” Na sua esteira, SIM alerta que tal solução seria manifestamente desproporcional: “*An outright dismissal could be a disproportionate sanction, in breach of the customary international law principle of proportionality. (...) The most appropriate sanction is to stay proceedings, and discontinue the arbitration*

Além de proteger o réu contra a perda desnecessária dos custos processuais que suportou na sua defesa contra um demandante financeiramente irresponsável, esta medida cautelar contribui para dissuadir a interposição de causas desprovidas de mérito.¹²⁰

3.1.1 Legitimidade para requerer uma caução.

Como referimos de passagem no último capítulo, a caução para custas é tipicamente requerida pelo demandado contra o demandante. Questiona-se se um tribunal arbitral, a pedido do demandante, não poderia ordenar caução para custas contra o demandado. Existe um receio de que, ao apenas considerar a caução para custas contra a parte ativa, se prejudicaria a igualdade de armas entre as partes.¹²¹

A orientação maioritária vai no sentido de que o decretamento de uma caução para custas apenas poderá ser pedido contra o réu nos casos em que este tenha deduzido reconvenção contra o autor. Parte-se da ideia de que o autor e o réu encontram-se em posições distintas. Enquanto que o autor se coloca voluntariamente na sua posição, cabendo-lhe o ónus de dar o impulso processual que dá início à ação, e podendo tomar em consideração a dispendiosidade do procedimento e da situação financeira da contraparte na sua decisão, tal não se aplica ao réu, que se vê obrigado, caso tenha celebrado uma convenção arbitral válida, a participar no procedimento arbitral e a apresentar defesa.¹²²

PERICÃO discorda desta conclusão, contrapondo que “se é verdade que a parte que propõe a ação tem que contar com os riscos de a contraparte não poder suportar os encargos e despesas associados ao processo arbitral, não é menos verdade que a demandada, ao celebrar uma convenção de arbitragem assumiu, também ela, o risco de,

without prejudice to the claimant's rights to file a new claim, similar to the precedents where a claimant fails to pay advances.” Sim 2017, p. 67.

¹²⁰ Gu 2005, p. 169.

¹²¹ Goeler 2016, p. 360.

¹²² Blackaby et al 2015, p. 317. GOUVEIA critica ainda que esta medida não deverá ser decretada contra o réu sob pena de se colocar em causa o seu direito de defesa. Gouveia 2014, p. 217. No seu enalço, *vide* Henriques 2015, p. 607: “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.”

em caso de litígio, recorrer à arbitragem com os custos que lhe são inerentes, risco que, presume-se, era dela conhecido ou, pelo menos, cognoscível.”

Não obstante a eloquência dos seus argumentos, é do nosso parecer que existem demasiadas desigualdades entre a posição do demandante e demandado para se admitir livremente a possibilidade de o tribunal decretar caução contra o demandado. Como vimos, o autor pode optar por dar início ao processo ou não, consoante as circunstâncias lhe beneficiem, encontrando-se numa posição mais vantajosa: esta prerrogativa arriscar-se-ia a desequilibrar ainda mais as balanças da justiça.

3.2. As origens da caução para custas. *Security for costs* e a *cautio judicatum solvi*.

A *security for costs* é um mecanismo com uma forte tradição no direito anglo-saxónico. É possível encontrar os seus primeiros vestígios na Inglaterra do século XV, pouco tempo depois de se ter desenvolvido um conceito de custas, surgindo nas petições do *Court of Chancery* durante o reinado de Ricardo II. Com a solidificação legislativa de um *right to costs* e a popularização das causas de *ejectment*, a *security for costs* foi paulatinamente introduzida na *common law*.¹²³ Presentemente, figura de forma abundante no *case law* inglês, e encontra-se tipificada, no plano dos tribunais judiciais, na no artigo 25.º, n.º 13 das *Civil Procedural Rules*, e, no âmbito da arbitragem, na secção 38, n.º 3 do *Arbitration Act* de 1996, que se destaca como uma das raras leis de arbitragem nacionais que estabelecem expressamente o poder de ordenar a caução para custas.¹²⁴

Também não é uma figura totalmente desconhecida nos países de tradição civilística, onde esta é denominada de *cautio judicatum solvi* e recai tradicionalmente sobre demandantes estrangeiros. A sua origem é debatida. O brocardo latino transmite a aparência de que remonta ao direito romano, mas a sua similitude com as figuras romanas da *sadisdatio iudicatum solvi* e da *cautio pro expensis* foi contestada em virtude dos seus traços diferenciadores.¹²⁵ Contrariamente, a doutrina moderna identificou a sua génese

¹²³ Colbran 1993, p. 43.

¹²⁴ Anteriormente ao *Arbitration Act* de 1996, os tribunais não podiam providenciar diretamente esta medida cautelar, sendo necessário dirigir este pedido a um tribunal judicial que interviria em seu complemento, mas tal foi expressamente alterado na sua secção 38(3), onde os tribunais arbitrais foram legitimados a aplicar diretamente esta medida. Miles e Speller 2007, p. 32

¹²⁵ A *cautio judicatum solvi* da figura distingue-se tanto da *sadisdatio iudicatum solvi*, tipicamente aplicada em ações de reivindicação, por esta última recair tipicamente sobre o demandado e não sobre o demandante, como da *cautio pro expensis*, na medida em que esta, se bem que recaía sobre demandado,

nos costumes franceses e no direito das cidades italianas da Idade Média.¹²⁶ Um número significativo de códigos de processo civil na Europa Continental ainda hoje contem disposições que exigem que um autor estrangeiro, a pedido da parte por si citada, preste caução destinada a reembolsar as despesas do demandado caso o pedido contra si deduzido seja totalmente ou parcialmente indeferido.¹²⁷

A *cautio judicatum solvi*, como tal era prefigurado naquelas normas, teve a sua aplicabilidade prática substancialmente reduzida pela entrada em vigor da Convenção de Haia sobre Processo Civil de 1 de Março de 1954, que veio, através do seu artigo 17.º, proibir o requerimento de caução ou de depósito em razão de nacionalidade estrangeira ou falta de domicílio ou residência no país e pelo artigo 14.º da subsequente Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 tendente a facilitar o acesso internacional à justiça.¹²⁸ Posteriormente, a caução ou depósito baseado na nacionalidade foi, por meio de instrumentos de direito europeu, proibida entre Estados-Membros da Comunidade Europeia.¹²⁹ Desta forma, a grande maioria dos autores estrangeiros encontram-se isentos do dever de prestar caução a pedido e benefício do réu. Os tribunais estaduais europeus apenas podem exigir a prestação de caução a cidadãos de um reduzido número de Estados.¹³⁰

Não obstante a longa tradição da *cautio judicatum solvi* no direito europeu, é possível afirmar que as jurisdições da Europa Continental, em geral, têm sido mais relutantes que os tribunais ingleses na adoção de uma caução para custas, tendo esta, em termos gerais, um papel, escopo e frequência de aplicação reduzida fora do mundo da *common law*.¹³¹ Mesmo os Estados da Europa Continental que impõem, normalmente a estrangeiros, a

era aplicada sem consideração pela sua nacionalidade. Philonenko 1929, p. 611-612. Goldsmichdt 1956, p. 209; Aguilar Benitez de Lugo 1971, p. 354-355.

¹²⁶ Aguilar Benitez de Lugo 1971, p. 354-355.

¹²⁷ É possível encontrar tais normas na secção 110 do código processual civil alemão, nos artigos 102.º e 103.º do *Code de Procédure Civile de Genève* e na secção 57 do Código de Processo Civil austríaco. Sandroch 1997, p. 17-19.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 19-21

¹²⁹ O Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu no sentido de que os artigos 59.º e 60.º e a cláusula geral de antidiscriminação contida no artigo 6.º do Tratado da Comunidade Europeia proíbem qualquer Estado-Membro de condicionar o acesso de cidadãos de outros Estados-Membros aos seus tribunais à prestação de *cautio judicatum solvi* com base só e unicamente na sua nacionalidade. *Ibidem*.

¹³⁰ Ressalve-se que as provisões nas normas contidas nas convenções internacionais supramencionadas só se referem expressamente ao acesso a tribunais estaduais, não contendo qualquer disposição que exima demandantes em procedimentos arbitrais de prestar tal caução. Não obstante, foi aceite pacificamente que a sua proteção se deveria estender aos autores de ações arbitrais, sendo a sua posição e os seus interesses análogos ao autor de um procedimento estadual. *Ibidem*, p. 20-21.

¹³¹ Miles e Speller 2007, p. 33; Rubins 2000, p. 363; Kirtley e Wietrzykowski 2013, p. 30.

prestação de caução a certos demandantes revelam-se uma minoria, enquanto que algumas das suas principais ordens jurídicas excluem perentoriamente a sua aplicabilidade no contencioso civil.¹³²

A possibilidade do ordenamento de *cautio judicatum solvi* no âmbito da arbitragem mostrou-se ainda mais controvertida. Tendo em conta que a maioria esmagadora dos estatutos arbitrais da Europa Continental não regulam expressamente esta questão¹³³, a aplicabilidade desta medida cautelar na arbitragem encontrou forte resistência, especialmente no ordenamento jurídico suíço.¹³⁴

Embora a *security for costs* e a *cautio judicatum solvi* tenham sido utilizadas de forma intercambiável por alguns autores, parece-nos que estas figuras, apesar de similares, revelam-se distintas devido à radicação desta última na nacionalidade de quem instaurou a pretensão. Tal não significa, no entanto, que a historicidade da *cautio judicatum solvi* não seja relevante para o nosso estudo. O estudo da sua tradição nos ordenamentos jurídicos da Europa continental elucida-nos sobre as atitudes europeias para com uma figura que, apesar de distinta, se revela tão próxima sobre a caução para custas aqui estudada.

3.2.1. A tradição da *security for costs* no domínio da arbitragem internacional.

Esta reticência também se verificou no plano da arbitragem internacional, a despeito de a maioria dos tribunais arbitrais optar por uma abordagem de *costs follow the*

¹³² Em França, a versão original do *Code de Procedure Civile* chegou a ter uma seção inteira dedicada a esta figura, composto pelos artigos 166.º e 167.º, que foi eventualmente revogada por dois estatutos em 1972 e 1975, caindo subsequentemente em desuso nos tribunais franceses. Sandrock 1997, p. 19. Em Espanha, a *cautio judicatum solvi* encontrava-se tipificada no artigo 538.º da antiga *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881, tendo esta norma sido derrogada pela *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000. García 2010, p. 525-526.

¹³³ As leis de arbitragem europeias revelam-se circunspectas. Tanto a seção 1041(1) do Código de Processo Civil alemão, como os artigos 808.º, n.º 9 e 827.º, n.º 73 do novo *Code de Procédure Civile* e o artigo 183.º, n.º 1 do *Private International Law Act* suíço conferem aos tribunais arbitrais a autoridade de ordenar medidas cautelares em termos genéricos, não tipificando a figura da *security for costs*.

¹³⁴ A posição maioritária suíça veio rejeitar de forma contundente a sua aplicabilidade na arbitragem por entender que a parte que celebrasse uma convenção de arbitragem com um estrangeiro teria abdicado do benefício de qualquer vantagem resultante da sua cidadania estrangeira. No entanto, a rejeição cega desconsideraria os casos excecionais nos quais a capacidade financeira da contraparte sofreu alterações desde a celebração da convenção arbitral até a proposição de uma ação arbitral. Sandrock 1997, p. 23-25.

event.¹³⁵ Nas palavras de Lew, Mistelis e Kröll, “*There are few cases where arbitrators have ordered security for costs. This may be an indication that tribunals are reluctant to exercise this power.*”¹³⁶

Foram apontados vários fatores que podem ter contribuído para explicar a hostilidade da arbitragem internacional para com a *security for costs*. Esta reticência poderá ter resultado da percepção desta caução como uma figura idiossincrática, algo anacrônica, da *common law*, cuja aplicação seria inapropriada num contexto jurídico diferente ou em casos onde uma ou mais das partes provieram de uma jurisdição onde esta se encontra vedada no âmbito do contencioso civil.¹³⁷ Alguns comentadores justificaram-na na natureza consensual da arbitragem¹³⁸, na relutância em antecipar o conhecimento do mérito da causa¹³⁹, e no justo receio de que esta medida venha colocar um entrave à proposição de ações válidas.¹⁴⁰ Destaca-se ainda que, ressalvando algumas exceções, a maioria dos regulamentos arbitrais não se referem expressamente à caução para custas.¹⁴¹

Como iremos aclarar mais pormenorizadamente, nenhum destes argumentos pode justificar o escasso recurso à caução para custas. Não obstante a maioria das leis arbitrais e das regras institucionais somente conter cláusulas gerais para as medidas cautelares, tem-se verificado um entendimento generalizado de que o poder geral dos tribunais arbitrais decretarem medidas cautelares abrange a prerrogativa de decretar uma caução para custas. Por sua vez, o risco de se dissuadir a interposição de causas com fundamento é um elemento a ser incluído no juízo discricionário do juiz, e não uma razão para se

¹³⁵ Berger 2010 p. 7; Redfern e O’Leary 2016, p. 399-400. Alguns autores suportam que a receção hesitante da caução para custas no domínio da arbitragem internacional se encontra intimamente ligada com ao modelo de *cost-shifting* predominante. De acordo com este raciocínio, a paulatina popularização do modelo *costs follow the event* na arbitragem internacional deveria repercutir-se na proliferação da caução para custas na jurisprudência arbitral. Rubins 2001, p. 363-364. Porém, esta correlação não se verificou. Não obstante a convergência da arbitragem internacional no que toca à adoção do modelo inglês, os casos em que a caução para custas é pedida e providenciada pelo tribunal arbitral permanecem raros.

¹³⁶ Lew, Mistelis e Kröll 2003, p. 600.

¹³⁷ “*The worry is twofold. First, parties from other countries are unlikely to have contemplated subjecting themselves to procedures foreign to their native legal systems when they agreed to arbitrate. (...) Second, it is unfair to force the uninitiated to navigate under rules with which they have no experience, particularly when their opponents know the intricacies of such procedures.*” Rubins 2001, p. 362.

¹³⁸ “*Arbitration generally requires that the respondent agreed to arbitrate with the claimant.*” Lew, Mistelis e Kröll 2003, p. 600; Schackleton 2006, p. lviii, nota 69.

¹³⁹
¹⁴⁰ Gaillard e Savage 1999, p. 687: “*Access to arbitral justice would be systematically obstructed, which would be odd at a time when arbitration has become the normal means of resolving disputes in international commerce.*”

¹⁴¹ Darwazeh e Leleu 2016, p. 140.

afastar perentoriamente um pedido de caução. Quanto ao receio de se cair num pré-julgamento do desfecho da disputa, a doutrina tem avançado soluções para este problema, sobre as quais nos debruçaremos adiante.

Iremos aprofundar cada um destes pontos no seguinte capítulo, onde iremos estudar os critérios que orientam os tribunais arbitrais aquando de uma decisão sobre uma caução para custas.

3.3. Os pressupostos da aplicação de uma caução para custas.

Apesar de se ter gerado consenso quanto ao poder dos tribunais arbitrais em ordenar a prestação de caução, não existe um entendimento comum quanto aos critérios ou fatores que devem orientar o seu exercício pelo tribunal arbitral. As normas e os regulamentos arbitrais não concretizam detalhadamente a forma como este poder deve ser exercido, pautando-se pela larga margem de discricionariedade que lhes concedem. Como tal, não é possível delinear um teste uniforme.¹⁴²

Não despreciando, a doutrina, bem como os tribunais e instituições arbitrais, têm trabalhado no sentido de desenvolver critérios apreciativos que sejam largamente usados na avaliação de pedidos de caução para custas. São estes critérios que iremos expor sumariamente. Além dos requisitos ordinários das medidas cautelares, nomeadamente a probabilidade séria da existência do direito a acautelar, o denominado *fumus bonus iuri*, e a natureza urgente do pedido aliada ao fundado receio de que o direito invocado sofra lesão grave e irreparável, caso esta medida provisória não seja concedida, o chamado *periculum in mora*, é necessário ponderar fatores específicos adicionais, adaptados à figura da caução para custas.¹⁴³

3.3.1. Jurisdição do tribunal arbitral.

O poder dos tribunais arbitrais de decretar uma caução para custas depende do quadro processual geral em vigor. É possível distinguir três hipóteses.

¹⁴² Von Goeler 2016, p. 334.

¹⁴³ Berger 2010, p. 9-10; Goldsmith e Melchionda 2012(b), p. 222-223.

Na primeira hipótese, se as partes tiverem conferido expressamente o poder de ordenar caução para custas ao tribunal arbitral, ou se acordaram em submeter a arbitragem a uma lei de arbitragem na qual lhes é concedido este poder de forma explícita¹⁴⁴, ou a regulamentos de arbitragem com semelhantes disposições¹⁴⁵, não deverá surgir qualquer problema. Nestes casos, e em conformidade com os limites impostos pela *lex fori* e pela *lex arbitri*, o tribunal arbitral é mandatado do poder de ordenar uma caução para custas.

Na segunda hipótese, em que as partes pactuam no sentido de que o contencioso arbitral seja regulado por leis de arbitragem ou regras arbitrais, que meramente contêm uma cláusula geral de tutela cautelar, a resposta já será mais duvidosa. A solução deste quesito depende da postura de cada ordenamento jurídico. Apesar de as soluções avançadas pelas diferentes jurisdições não se revelarem unânimes, é possível observar uma tendência global clara que caminha para uma resposta positiva.¹⁴⁶ Tem sido aceite pacificamente que o poder genérico concedido ao tribunal arbitral para decretar medidas cautelares engloba o poder de ordenar uma caução para custas. No âmbito da arbitragem de investimento, foi reconhecido que as cláusulas gerais de tutela cautelar de dois dos liderantes regulamentos, da ICSID¹⁴⁷ e da UNCITRAL¹⁴⁸, legitimam o ordenamento da

¹⁴⁴ Como se destacam a Secção 38, n.º 3 do *English Arbitration Act* de 1996 e do artigo 56.º, n.º 1, alínea a) do *Hong Kong Arbitration Ordinance* de 2011. A nossa LAV pronunciou-se nesta matéria em semelhante molde, preceituando ao tribunal arbitral o poder de assegurar “a preservação dos bens sobre os quais uma sentença subsequente possa ser executada” no seu artigo 20.º, n.º 2, alínea c). Sobre um estudo mais incisivo sobre a admissibilidade da caução para custas à luz da LAV, vide Pericão 2018, p. 77-80.

¹⁴⁵ Como é o caso do artigo 25.º, n.º 2 do Regulamento do LCIA, reflexo da maior tradição anglo-saxónica da medida, o artigo 24.º, alínea k) do Regulamento de Arbitragem de Investimento da SIAC, o artigo 24.º do Regulamento de Arbitragem Administrada da HKIAC e o artigo 27.º, n.º 1 do Regulamento de Arbitragem do CEPANI.

¹⁴⁶ Ulmer 2010, p. 230. Esta tendência encontra-se espelhada na doutrina suíça, que apesar de tradicionalmente reputada como hostil para com a caução para custas, veio a aceitar a sua validade ao abrigo do artigo 183.º, n.º 1 do *Private International Law Act* suíço. Berger 2010, p. 9. Sobre uma apreciação aprofundada sobre a resposta de cada ordenamento jurídico, vide Gu 2005, p. 173-184.

¹⁴⁷ Veja-se as cláusulas gerais previstas no artigo 4.º, n.º 7 da Convenção ICSID e o artigo 39.º do Regulamento de Arbitragem da ICSID. Quanto à possibilidade de ordenar caução para custas com base nestas regras, vide *RSM Production v. Saint Lucia*, parágrafo 54; Schreuer *et al* 2009, p. 782, parágrafo 90. Questionou-se se o interesse do demandado se pode qualificar como um *right to be preserved*, de forma a se preencher a previsão normativa do artigo 39.º do Regulamento de Arbitragem da ICSID. A jurisprudência dividiu-se neste ponto. Enquanto que num caso o tribunal rejeitou o pedido de caução por compreender que o demandado não detinha um direito a uma potencial condenação em custas mas somente uma mera expectativa, outros pronunciaram-se no sentido de que as medidas cautelares podem proteger não só direitos já constituídos mas também direitos que podem surgir num futuro imediato, como é o caso de uma potencial condenação em custas. Sobre este ponto, Hartwood *et al*, 2017, p. 107.

¹⁴⁸ É possível encontrar as mencionadas cláusulas no artigo 17.º, n.º 2 da Lei-Modelo da UNCITRAL e o artigo 26.º, n.º 2, alínea c) do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL. Sobre o poder de ordenar caução sob a égide destas cláusulas, vide Caron e Caplan 2013, nota 7; Petrochilos 2010, p. 885; *Guaracachi America, INC e Rurelec PLC v. Bolivia*, caso n.º 2011-17, *Procedural Order n.º 4*, datada de 11 de março de 2013, parágrafo 6; *South America Silver Ltd. v. Bolivia*, caso n.º 2013-15 *Procedural Order n.º 10*, datada de 11 de janeiro de 2016, parágrafo 52.

caução para custas. O mesmo se aplica ao Regulamento de Arbitragem da ICC, que se refere em termos amplos às “*conservatory and interim measures*”.¹⁴⁹

É possível delimitar uma terceira hipótese, menos frequente, em que não há nem uma disposição que preveja expressamente este poder, nem uma cláusula geral que possa legitimar uma ordem de caução para custas. Ainda assim, é possível argumentar que o poder de ordenar uma caução para custas encontra-se alicerçado na sua prerrogativa inerente de preservar a integridade do procedimento arbitral.¹⁵⁰

3.3.2. Periculum in mora.

O requisito *periculum in mora* desdobra-se no risco de uma lesão irreparável a um direito e na urgência da sua tutela. A parte deverá demonstrar que irá incorrer avultadas despesas na sua defesa, despesas que será incapaz de recuperar, e que a tutela cautelar é urgente, sendo necessário evidenciar que a decisão não pode ser protelada até à decisão final sobre o mérito porque já será tarde demais.¹⁵¹

3.3.2.1. Urgência.

O requerente deve demonstrar que o perigo de defraudação de uma futura condenação em custas é imediato. Não basta que tal risco seja grave, substancial e suficiente. A sua iminência é um fator essencial para que o desvio ao normal procedimento arbitral seja fundamentado.¹⁵² Se o risco de uma lesão for de alguma forma remoto, evitável ou dependente de acontecimentos futuros, não existirá uma fundada razão para o tribunal arbitral interferir com o direito das partes a uma sentença completa e final.¹⁵³

¹⁴⁹ Artigo 28.º do Regulamento de Arbitragem da ICC.

¹⁵⁰ Karrer e Desax 2001, p. 343-344; *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. v the Republic of El Salvador*, caso ICSID n.º ARB/09/17, *Decision on El Salvador's Application for Security for Costs* de 20 de setembro de 2012, parágrafo 45.

¹⁵¹ Berger 2010, p. 9; Redfern e O'Leary 2016, p. 410.

¹⁵² Bismuth 2009, p. 818.

¹⁵³ Petrochilos 2010, p. 882.

No que toca a este requerimento, os pedidos de caução para custas revelam-se distintos das restantes providências cautelares, que carecem de uma intervenção imediata do tribunal de forma a evitar danos irreparáveis ao requerente. Quando nos encontramos perante um autor insolvente, em princípio a sua “impecuniosidade” perdurará pelo decurso de todo o processo arbitral e só será relevante no momento em que este for efetivamente condenado ao pagamento da totalidade das despesas processuais.¹⁵⁴ *Ipso facto*, os tribunais mais reticentes em salvaguardar potenciais direitos pronunciaram-se quanto à ausência de urgência nos casos em que a insolvência do demandante dependia de paços adicionais nos casos *Burimi v. Albania*¹⁵⁵ e *OPC v. Ecuador*.¹⁵⁶ Como decorre da sua análise, o requerente deve tomar passos de forma a demonstrar que a insolvência do demandante não é meramente especulativa, procurando evidenciar um certo grau de certeza ou probabilidade de tal situação se materializar.¹⁵⁷

Pelo contrário, outro tribunal arbitral deliberou no caso *Biwatter Gauff v. Tanzania* que o grau de urgência exigível deverá estar adstrito às características da medida cautelar concreta, considerando a necessidade de se obter a medida antes da decisão sobre a adjudicação dos custos como suficiente para que o requisito se encontre satisfeito.¹⁵⁸ Apesar de não se ter alongado muito quanto ao assunto, o tribunal arbitral aparenta adotar este entendimento no caso *RSM v. Saint Lucia*, limitando-se afirmar, a título de urgência, que seria inapropriado aguardar pela decisão final sobre a adjudicação dos custos processuais às partes.¹⁵⁹ Estas decisões vão de encontro ao critério aplicado

¹⁵⁴ Markert 2018, p. 229.

¹⁵⁵ Neste acervo, a insolvência dos autores não foi qualificada de iminente por depender de sua futura ação ou inação. O requerente não apresentou prova suficiente de que a posterior concretização de tais paços necessários seria provável. *Burimi S.R.L. & Eagle Games S.H.A. v. Albania*, caso ICSID n.º ARB/11/18, *Procedural Order* n.º 2, datada de 3 de Maio de 2012, parágrafos 39-40.

¹⁵⁶ No mencionado caso, o tribunal arbitral rejeitou uma medida provisória em virtude de os autores terem recorrido a este mecanismo com o propósito de prevenir uma ação sobre a qual não tinham suficiente indício que teria sido planeada. *Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, caso ICSID n.º ARB/06/11, *Decision on Provisional Measures*, datada de 17 de agosto de 2007, parágrafo 89.

¹⁵⁷ Bismuth 2009, p. 819.

¹⁵⁸ “*In most situations, this will equate to “urgency” in the traditional sense (i.e. a need for a measure in a short space of time). In some cases, however, the only time constraint is that the measure be granted before an award—even if the grant is to be some time hence. The Arbitral Tribunal also considers that the level of urgency required depends on the type of measure which is requested.*” *Biwatter Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Caso n.º ARB/05/22, *Procedural Order* N.º 1, datada de 31 de março de 2006.

¹⁵⁹ *RSM Production v. Saint Lucia*, parágrafo 85.

pelo ICJ, que dita que “*there is urgency in the sense that action prejudicial to the rights of either party is likely to be taken before such final decision is given.*”¹⁶⁰

Alguns tribunais arbitrais optaram por auscultar o grau de urgência em função da proximidade da data do procedimento cautelar com a data da audiência da causa principal.¹⁶¹ Este entendimento não abate o risco pernicioso de o tribunal avançar para o julgamento substantivo da causa, dando origem às elevadas custas que lhe estão associadas, e o demandante, até à altura iminentemente insolvente, cair posteriormente no estado de insolvência.¹⁶² Seguindo este raciocínio, SIM considera que o fator de urgência deve residir na probabilidade de o demandante se tornar insolvente ou incapaz de satisfazer o ressarcimento das custas do demandado.¹⁶³ Por sua vez, MARKERT antevê que este requerimento perderá relevância na apreciação de pedidos de caução para custas no futuro, denotando a sua ausência no artigo 51.º, n.º 3 da nova proposta de alteração do Regulamento de Arbitragem da ICSID, que contém os critérios relevantes referentes a esta medida cautelar. Omissão esta que parece deliberada quando confrontada com a inclusão de um novo requisito de urgência na cláusula geral dedicada às providências cautelares¹⁶⁴

3.3.2.2. Risco de uma lesão irreparável.

Cumprido ao requerente comprovar que existe um fundado receio de que o requerido seja inadimplente de uma condenação no pagamento de custos que lhe seja favorável.

O mau estado financeiro do autor é um elemento basilar deste pressuposto. Apesar de a bitola da “impecuniosidade” não se revelar consensual, ela mantém-se, em regra,

¹⁶⁰ *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, caso do *International Court of Justice, Provisional Measures*, datado de 29 de Julho 1991, p. 12

¹⁶¹ No caso *Gustav Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, o tribunal julgou que o pedido de caução para custas não serviria o seu propósito sem cancelar ou protelar a audiência prévia. *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Caso ICSID n.º ARB/07/24, *Award*, datada de 18 de junho de 2010, parágrafo 17.

¹⁶² Sim 2017, p. 56

¹⁶³ A autora relega a consideração da proximidade entre a data do requerimento e a data da audiência para efeitos de boa-fé do requerente e de avaliação do impacto que a medida cautelar implica na realização do direito de acesso à justiça do autor. *Ibidem*.

¹⁶⁴ Markert 2018, p. 229-230.

bastante elevada.¹⁶⁵ O demandante poderá ter problemas de *cash-flow*, escassez de capital circulante ou já se encontrar em estado de insolvência, que se afirma como evidência paradigmática do desabono de um autor.¹⁶⁶

Para se apurar a saúde financeira do demandante será vital a análise dos seus registos financeiros, como o registo das contas anuais e relatórios estatutários, e quaisquer outros documentos pertinentes.¹⁶⁷ O tribunal deverá ter em especial atenção a capacidade de endividamento, tomando em conta se o demandante fracassou sucessivamente ao tentar obter financiamento bancário no passado e se este se encontra atualmente em falha para com os seus credores.¹⁶⁸

O pedido pode basear-se, no entanto, em outros fatores adicionais para suportar a sua pretensão, como evidência de que o demandante constitui uma empresa-fachada, que só existe de nome e sem quaisquer bens próprios, funcionários e sem qualquer atividade económica, ou que este tomou medidas na gestão do seu património que sugerem que não pretende cumprir qualquer condenação ao pagamento de custos e que tal sentença não poderá ser executada.¹⁶⁹ Referimo-nos, claro, ao demandante que, posteriormente à solicitação da arbitragem, transfere o seu património para outrem ou que entra em insolvência criada deliberadamente por si.¹⁷⁰

A falta de eficácia de uma sentença arbitral é apontada como outro fator relevante.¹⁷¹ A convenção de Nova Iorque, assinada em 1958, veio mitigar este elemento ao promover a agilização do reconhecimento e execução de sentenças fora do seu foro jurisdicional.¹⁷² Em concordância com este facto, o pedido de caução para custas tenderia

¹⁶⁵ No caso *SAS v. Bolivia*, o tribunal arbitral ponderou que, para se demonstrar um elevado risco económico exigido não bastaria demonstrar a existência de “*cash flow difficulty*”, sendo necessário uma “*total lack of funds or assets to pay*.” A insolvência chegou a ser considerada insuficiente no caso *ICC X S.A.R.L, Líbano e Y. A.G.*, relatado em Berger, 2010, p. 41-42.

¹⁶⁶ Gu 2005, p. 190; Sim 2017, p. 56-57.

¹⁶⁷ Gu 2005, p. 189.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 190.

¹⁶⁹ Redfern e O’Leary, 2016, p. 411.

¹⁷⁰ Reiner 1998, p. 894: “*Le deuxième cas de figure dans lequel l’octroi d’une cautio judicataum solvi me paraît justifié est celui où la partie demanderesse introduit une requête d’arbitrage après avoir pris toutes les dispositions nécessaires, par exemple le transfert de tout ses biens, voire l’introduction d’une procédure de liquidation volontaire, pour s’assurer qu’une décision arbitrale rendue contre elle ne pourra, en fait, pas être exécutée.*”; e Gallaird e Savage 1999, p. 688, parágrafo 1258: “*The fact that a party is suffering financial difficulties or is the subject of bankruptcy proceedings is certainly not sufficient, in itself, to form the basis of a request for security. However, that may not be the case where a party appears to have deliberately organized its insolvency while commencing what may prove to be lengthy and expensive arbitral proceedings against its co-contractor.*”

¹⁷¹ Gu 2005, p. 191-192.

¹⁷² *Ibidem*. Kirtley e Wietrzykowski 2013, p. 30.

a ser rejeitado quando todos os seus estados são signatários da Convenção, e a ser aprovado quando o património do demandante se situe num estado que não seja parte dela, onde é suscetível de haver maior dificuldade na execução de uma ordem de pagamento de custos processuais.¹⁷³

A validade deste raciocínio tem sido questionada, dada a extensão geográfica da Convenção de Nova Iorque¹⁷⁴, bem como a possibilidade de um ordenamento jurídico membro da Convenção recusar a execução de uma sentença estrangeira por ofender a sua *ordre public* nos termos do seu artigo V, n.º 2, alínea b).¹⁷⁵

Apesar de se afastar a Convenção de Nova Iorque como barómetro unicamente determinante deste fator, a dificuldade da execução de um *award for costs* proferido a favor do demandado poderá ser utilizado como um argumento válido, caso existam indícios probatórios fortes de tal obstáculo.¹⁷⁶ Será esse o caso quando o património em questão for de difícil acesso, devido a predisposições protecionistas de um tribunal nacional para com as suas empresas domésticas, negando sistematicamente a execução de sentenças estrangeiras contra elas quando se apresentam em dificuldades financeiras, quando o demandante tomar medidas deliberadas para tornar o seu património inacessível ou quando estiver numa forma de difícil quantificação, como é o caso de ações numa firma privada.¹⁷⁷ Poderão, portanto, existir provas suficientes que demonstrem que a condenação no pagamento de custas não será executória numa determinada jurisdição onde os bens se consideram situados segundo a Convenção de Nova Iorque.¹⁷⁸

¹⁷³ Gu 2005, p. 191-192.

¹⁷⁴ A Convenção de Nova Iorque foi ratificada por mais de 150 países.

¹⁷⁵ O conceito de ordem pública nacional varia consideravelmente consoante o ordenamento jurídico. A nossa LAV prevê a recusa do reconhecimento e execução de sentença que conduza a um resultado manifestamente incompatível com ordem pública internacional do Estado português no seu artigo 56.º, n.º 1, alínea b), subalínea ii). Sobre uma análise dos diferentes conceitos de ordem pública nacional, vide Sheppard 2003, p. 225. RUBINS elenca mais duas exceções ao reconhecimento de uma sentença que a caução para custas pode gerar ao abrigo da Convenção de Nova Iorque. O seu artigo V, n.º 1, alínea b) permite a recusa de reconhecimento quando a parte “contra a qual a sentença é invocada não foi devidamente informada (...), ou de que lhe foi impossível, por outro motivo, deduzir a sua contestação.” Existe a possibilidade de um tribunal nacional encarar a extinção da instância por não providenciar caução como uma negação do direito à contestação. Por último, se um árbitro ordenar a prestação de caução independentemente de o estado do foro proibir, por lei, a aplicação deste tipo de medida, o autor poderá pedir o seu afastamento junto dos seus tribunais. Se a sentença perder a sua força vinculativa no estado do foro, os tribunais de outros estados podem recusar o seu reconhecimento com base na exceção prevista no artigo V, n.º 1, e da Convenção. Rubins 2000, p. 321 e 322.

¹⁷⁶ Reid 2002, p. 1246-1247.

¹⁷⁷ Gu 2005, p. 192-193.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 193.

O *Chartered Institute of Arbitrators* ecoa esta ideia no seu *Guideline for Arbitrators*, onde se salientou a relevância da localização do património do demandante e distinguindo-a de qualquer discriminação firmada na residência estrangeira do autor.¹⁷⁹

3.3.2.3. Alteração material e imprevisível das circunstâncias.

No âmbito da arbitragem comercial, a irresponsabilidade financeira do demandante não basta para que uma caução para custas seja decretada. A doutrina e a prática arbitral convergiram no sentido de que é vital o demandado demonstrar uma alteração material e imprevisível das circunstâncias desde a assinatura da convenção arbitral.¹⁸⁰ Este requisito parte da lógica que as partes decidiram, de acordo com a sua autonomia privada, submeter o litígio à justiça arbitral, aceitaram, em virtude deste acordo, a situação financeira da contraparte à data da sua celebração e a sua incapacidade de satisfazer uma condenação em custos, assim abdicando tacitamente da possibilidade de requerer uma caução para custas.¹⁸¹ Como tal, seria exigível ao requerente demonstrar que a capacidade de o autor fazer face a uma condenação em custas se tinha deteriorado de forma substancial e imprevisível desde a celebração da convenção de arbitragem.¹⁸²

Revela-se-nos impressivo, conquanto, o contra-argumento de REDFERN e O'LEARY, que questionaram sagazmente a *raison d'être* deste requisito, rematando que se o tribunal arbitral detém o poder de ordenar a prestação de caução para custas, as partes aquiesceram a que os juízes-árbitros o exerçam. Por outras palavras, as partes, ao celebrarem a convenção de arbitragem, aceitaram os poderes latentes do tribunal arbitral, inclusive a possibilidade do tribunal arbitral decretar caução para custas.¹⁸³ Como indagam os autores, “*why should the parties’s agreement effectively be re-written by reference to the claimant’s financial position, so that a power that might be otherwise be exercised in the respondent’s favour be excluded? To do this is to imply a term to that effect in the parties’ bargain; but it is difficult to see why such a term is implicit or necessary or even reasonable.*”

¹⁷⁹ *Chartered Institute of Arbitration* 2016, p. 9.

¹⁸⁰ Queen Mary & Westfield College University of London 2018, p. 172.

¹⁸¹ Karrer e Desax 2001, p. 346; Von Goeler 2016 p. 344.

¹⁸² Sandrock 1997, p. 37; Gu 2016, p. 187-189.

¹⁸³ Redfern e O’Leary 2016, p. 411.

De facto, seguimos de perto este raciocínio. Como PERICÃO denota, o demandado pode ter aceitado a condição financeira da sua contraparte, exatamente por confiar no facto de que o tribunal arbitral é dotado de poderes como a caução para custas que o permitem salvaguardar das consequências dessa “impecuniosidade”.¹⁸⁴

Igualmente, GU parecia já ter preconizado uma solução semelhante. A autora escreveu que o silêncio das partes quanto à jurisdição do tribunal arbitral para ordenar caução para custas deveria implicar, por defeito, que este se encontra investido do poder de ordenar tal medida cautelar, mesmo quando escolheram uma lei ou um regulamento que não se pronuncia diretamente sobre a medida cautelar: “(...) *it may be productive to consider the possibility of making security for costs a "default" expectation, whereby the arbitrator is empowered to exercise its discretion to require security unless there is evidence that the parties did not intend to bestow that power.*”¹⁸⁵

3.3.3. *Fumus bonus iuri.*

Segundo o requisito do *fumus bónus iuri*, cabe ao requerente demonstrar indícios de que, caso seja vitorioso na questão de fundo, a sua contraparte será condenada no pagamento na totalidade ou em parte dos seus custos e despesas legais.¹⁸⁶ Quanto maior for a probabilidade de o tribunal optar por esta via, maiores serão as chances de o mesmo ordenar a prestação de caução de forma a assegurar os mencionados custos.¹⁸⁷

Este elemento decisório gerou controvérsia, suscitando-se a questão: o juízo sobre a aparência do bom direito deverá englobar igualmente uma apreciação *prima facie* do mérito da pretensão material, necessitando o demandante de demonstrar indícios suficientes de que será bem-sucedido na causa, ou apenas deverá sopesar a probabilidade

¹⁸⁴ “(...) sempre se poderá argumentar que a parte, mesmo conhecendo da situação debilitada da contraparte e, conseqüentemente, correndo o risco de ainda assim contratar com ela (...) tinha ainda a convicção de que, em caso de litígio arbitral, teria à sua disposição mecanismos de tutela capazes de colmatar tal circunstância. Ou seja, poderemos ainda admitir que assumiu tal risco na convicção de que o processo arbitral lhe conferiria instrumentos capazes de tutelar e garantir a sua posição. Assim, o decretamento destas medidas em situações em que não ocorre uma alteração das circunstâncias não determina, per se, uma desconsideração da *consent based approach*.” Pericão 2018, p. 94.

¹⁸⁵ Gu 2005, p. 204.

¹⁸⁶ Rubins 2003, p. 369-370.

¹⁸⁷ Croft, Kree e Waincymer 2013, parágrafo 26.41.

de o tribunal condenar a contraparte ao pagamento das suas despesas caso vença a ação?¹⁸⁸

Malgrado certos ordenamentos jurídicos compreenderem um pré-ajuizamento do mérito da causa, este enfoque é desfavorecido no enquadramento da caução para custas e do processo arbitragem, parcialmente devido a este não ser, de modo geral, objeto de recurso, e ao direito que assiste às partes de exporem o seu caso e de apresentar contraditório.¹⁸⁹ Atendendo que os pedidos de caução para custas são apreciados no arranque do processo arbitral, anteriormente à fase probatória, qualquer decisão que negue o provimento à arbitragem sem dispensar qualquer consideração sobre o fundo do quesito suscita preocupações quanto à integridade do *due process*.¹⁹⁰ Uma apreciação incompleta da prova pode viciar a legitimidade da arbitragem aos olhos das partes contratantes e conduzir à recusa da sua execução em alguns estados.¹⁹¹

Ademais, como este ajuizamento envolve o conhecimento do mérito antes da produção completa da prova, surge um sério receio de que o tribunal arbitral possa formar pré-juízos sobre a questão jurídica de fundo, colocando em causa a imparcialidade do *fórum* e ferindo a legitimidade da arbitragem.¹⁹² Qualquer apreciação preliminar sobre a substância do caso solicitará uma equilibração delicada levada a cabo pelo tribunal, temperada pela importância de não formar juízos conclusivos, nem deixar transparecer que já se decidiu por um dos lados em confronto na controvérsia.¹⁹³

Uma possível alternativa passa pela designação de um árbitro especificamente para julgar sobre o pedido de caução pelas partes. Apesar de resolver o problema sem prejudicar a autoridade do tribunal arbitral, tal solução iria implicar um aumento dos custos processuais e uma maior morosidade do processo.¹⁹⁴

¹⁸⁸ Neste sentido, Berger 2010, p. 9, exclui a necessidade de realizar esta pré-análise da sua viabilidade, citando para este efeito a decisão de um tribunal arbitral de 19 de Dezembro de 2008 que julgou de acordo com as *Swiss Rules of International Arbitration*: “To avoid any appearance of prejudgment arbitrators are invariably reluctant to express their views on the merits before they have considered at least a significant amount of the evidence presented by the parties. For this reason the merits of the case rarely play any indirect role in determining whether or not interim relief is granted.”

¹⁸⁹ Rubins 2003, p. 369-370; de acordo com o artigo V, n.º1 da Convenção de Nova Iorque, a não efetivação deste direito no decurso do processo é um fundamento de recusa de execução de sentença por um Estado.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² *Ibidem*; Sim 2017, p. 53-55; Júdice 2018, p. 65.

¹⁹³ Redfern e O’Leary 2016, p. 410.

¹⁹⁴ Gu 2005, p. 198.

Foi avançada outra sugestão no sentido de se considerar o mérito da questão de fundo em termos gerais, com o único propósito de se auscultar se a pretensão deduzida de boa-fé. Postulando-se um critério menos exigente, será possível identificar casos manifestamente infundados sem tal significar um pré-ajuizamento sumário e restrito da causa, mitigando qualquer aparente parcialidade que dela provém, e, de modo concomitante, prover aos demandantes com uma fraca, mas sincera, pretensão jurídica a chance de expor a sua causa em tribunal.¹⁹⁵ De acordo com esta ideia, o tribunal arbitral apenas deve auferir se a pretensão jurídica é manifestamente improcedente, bastando que se demonstre a possibilidade razoável de esta ser bem-sucedida.¹⁹⁶

3.3.4. Critério de proporcionalidade amplo.

Por fim, cumpridos todos estes pressupostos, o tribunal deve ajuizar, no caso concreto e atendendo às suas circunstâncias, se o decretamento de caução para custas é justo.

Deve-se levar a cabo uma ponderação entre o direito de acesso à justiça do autor e a proteção financeira do demandado e do seu direito processual ao reembolso das suas despesas legais, que poderá mesmo implicar uma apreciação mais aprofundada do mérito da posição de ambas as partes.¹⁹⁷ Se a prestação de caução contribuir para negar o acesso à justiça arbitral a uma pretensão razoavelmente fundada, por razões que não são imputáveis ao demandante, tal facto poderá dissuadir o decretamento de caução.¹⁹⁸

Outro elemento essencial a mensurar passa pela conduta das partes. Se a deterioração da situação financeira do requerente resultar de uma conduta infratora da sua contraparte, formar-se-á um argumento extremamente forte contra o decretamento de uma caução.¹⁹⁹ De igual forma, pesará a má-fé do requerido que detém um historial de incumprimento de ordens de adjudicação de custos, que dissipa o seu património ou se coloca deliberadamente numa situação de insolvência com o intuito de restringir a possibilidade do réu executar uma futura condenação no pagamento de custos.²⁰⁰

¹⁹⁵ Rubins 2003, p. 370-371

¹⁹⁶ Henderson 2011, p. 72; Caron e Caplan 2013, p. 522-523.

¹⁹⁷ Redfern e O'Leary 2016, p. 411-412.

¹⁹⁸ *Ibidem.*

¹⁹⁹ *Ibidem.*

²⁰⁰ Rubins 2000, p. 374.

No outro lado da balança, o tribunal deve atentar à intenção do requerente. Se este requerer a caução abusivamente, utilizando esta figura de forma a prejudicar a parte contrária e atrasar deliberadamente o andamento do processo arbitral, tal deverá conduzir a um indeferimento do seu pedido.²⁰¹

Como se pode observar, o tribunal aplica um critério de proporcionalidade neste balanço, contrapesando o potencial prejuízo para ambas as partes.²⁰² O artigo 26.º, n.º 1, alínea a) do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL prevê um modelo de tal balanço, devendo o requerente demonstrar que o prejuízo que lhe é causado é substancialmente mais grave que o prejuízo resultante da caução: *‘such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted.’* Este critério dificulta a procedência de um pedido de caução com o intuito de reduzir o risco de a caução para custas ser utilizada como uma arma por entidades grandes e ricas para suprimir pretensões jurídicas avançadas por entidades financeiramente menos robustas.²⁰³ Face ao importante papel que desempenha, o entendimento que o critério contido nesta norma deveria ser adotado como um princípio geral, aplicável em arbitragens regidas por diferentes regulamentos arbitrais, parece-nos razoável.²⁰⁴

4. A INFLUÊNCIA DO TERCEIRO FINANCIADOR NA APRECIÇÃO DE UM PEDIDO DE CAUÇÃO PARA CUSTAS.

Finda esta exposição, chegamos finalmente à questão nevrálgica do nosso estudo. Se uma parte for financiada por um terceiro, tal facto poderá constituir indício suficiente de que se encontra numa conjuntura de “impecuniosidade”, justificando que seja decretada uma caução para pagamento de custas? Colocando este inquérito de um prisma mais abrangente, propomo-nos indagar até que ponto o financiamento de uma das partes por um terceiro irá influir na decisão de decretar ou não esta caução.

²⁰¹ Henderson 2011, p. 74; Caron e Caplan 2013, p. 523.

²⁰² Caron e Caplan 2013, p. 523.

²⁰³ Rubins 2000, p. 375.

²⁰⁴ Sim 2017, p. 62.

4.1 Arbitragem de investimento.

No contexto da arbitragem de investimento, os tribunais arbitrais apenas ordenam a prestação de caução para custas em circunstâncias excepcionais, sendo necessário o requerente demonstrar que o demandante teve uma conduta abusiva ou qualquer elemento de má fé semelhante.²⁰⁵

O motivo da bitola mais elevada repousa na importância acrescida do acesso à justiça nas disputas entre investidores privados e Estados soberanos, onde se encontra subjacente o risco de um investidor estrangeiro ser expropriado arbitrariamente pelo Estado anfitrião²⁰⁶, bem como a possibilidade de as suas ações debilitarem seriamente a condição financeira do investidor.²⁰⁷ Estas vicissitudes da arbitragem de investimento impõem que a caução para custas não possa ser aplicada em casos ordinários, sob pena de se obstaculizar seriamente o acesso dos investidores à justiça arbitral.

Questionamo-nos, no entanto, se este receio é justificado. Como já mencionámos anteriormente, o tribunal arbitral, ao decidir sobre um pedido de prestação de caução para custas, deverá apreciar a conduta das partes, inclusive se a situação económica fragilizada do demandante é um resultado das ações abusivas do demandado. Parece-nos que este risco se encontra suficientemente acautelado por este elemento da apreciação do tribunal arbitral.²⁰⁸

4.1.1 O caso RSM Production Corporation v. Saint Lucia.

²⁰⁵ Von Goeler 2016, p. 337.

²⁰⁶ “*Si tal umbral se rebajase de tal manera que la presencia de un tercero financiador pudiese activar la concesión de una caución, un Estado podría hacer suyos los distintos activos de una empresa y luego exigir en el posterior procedimiento arbitral que el ahora demandante insolvente ha de prestar fianza por millones de dólares con el fundamento de que tal empresa se encuentra en graves dificultades económicas y por ello sería incapaz de hacer frente a una hipotética condena en costas.*” Masiá 2016, p. 218.

²⁰⁷ Von Goeler 2016, p. 337.

²⁰⁸ “(...) entendemos que os pressupostos referidos, tal como estão configurados, permitem conferir ao sistema a certeza e segurança que se impõe, nomeadamente garantindo que esta medida não é decretada com base em meros receios infundados de um eventual incumprimento.” Pericão 2018, p. 94-96.

O terceiro financiador foi considerado como um fator relevante no célebre caso *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, que marcou a primeira decisão positiva de decretamento de caução no domínio da arbitragem de investimento. Esta decisão desencadeou um interessantíssimo debate sobre o mote basilar do nosso texto, revelando-se essencial uma exposição dos seus fundamentos e uma análise das reações e comentários da comunidade jurídica quanto ao seu mérito.

Ao decidir sobre o pedido de decretamento de uma caução para custas, o tribunal arbitral baseou-se, fundamentalmente, no historial de incumprimento do demandante de condenações de pagamento de custos que lhe são desfavoráveis.²⁰⁹ Numa muito citada passagem, o tribunal tomou o terceiro financiador em consideração, concluindo que a decisão de conceder uma caução para custas se encontra apoiada pelo facto do autor ter obtido financiamento externo: *“Moreover, the admitted third party funding further supports the Tribunal’s concern that Claimant will not comply with a costs award rendered against it, since, in the absence of security or guarantees being offered, it is doubtful whether the third party will assume responsibility for honoring such an award. Against this background, the Tribunal regards it as unjustified to burden Respondent with the risk emanating from the uncertainty as to whether or not the unknown third party will be willing to comply with a potential costs award in Respondent’s favor.”*²¹⁰

O terceiro financiador foi, pela primeira vez, expressamente reconhecido como um fator relevante na decisão de atribuir caução para custas. Mas, como não se pode deixar de apontar, apenas a influenciou num plano secundário. O tribunal dedicou um único parágrafo para se pronunciar quanto à sua relevância e não se alongou quanto ao peso que lhe deverá ser atribuído na sua tomada da decisão quanto ao ordenamento de uma caução. Revelou-se perfunctório na sua análise deste ponto, considerando-o, presumivelmente, desnecessário para a resolução do mérito do caso. Como o demandante se tratava de um infrator reincidente, a bitola das circunstâncias excepcionais já se encontrava satisfeita: o

²⁰⁹ *“Whereas it has previously been held that such financial limitations as such do not provide a sufficient basis or ordering security for costs, the circumstances of the present case are different. In particular Claimant’s consistent procedural history in other ICSID and non-ICSID proceedings provide compelling grounds for granting Respondent’s request.” RSM Production Corporation v. Saint Lucia, parágrafo 82.*

²¹⁰ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia, parágrafo 83.*

tribunal já tinha chegado à sua decisão antes de tomar em atenção o terceiro financiador.²¹¹

4.1.1.1. O parecer favorável de *Gavan Griffith* e uma apreciação da sua proposta.

A *assenting opinion* do co-árbitro *Gavan Griffith* destacou-se por ir mais longe, postulando que a decisão de ordenar o pagamento de caução para custas deveria assentar, preferencialmente, no envolvimento do *third-party funder*. GRIFFITH alertou para o desequilíbrio provocado pelo terceiro financiador, que partilha dos espólios em caso de sucesso, mas que, se não for ordenado o pagamento de uma caução para pagamento de custas, não perde mais do que as suas despesas na eventualidade de uma derrota. Na sua ótica, tal resultaria no que apelidou de um *gamblers nirvana*.²¹² Partindo desta ideia, o árbitro alertou que a integridade da arbitragem de investimento exige que os terceiros financiadores se mantenham no mesmo patamar de risco que o autor quanto às custas, devendo estar expostos às ordens de pagamento de custas, quer em caso de sucesso, quer em caso de fracasso.

Para atingir este efeito, sugeriu arrojadamente que a mera existência de um acordo de financiamento com um terceiro deve operar uma inversão do ónus da prova, recaindo sobre o demandante o dever de divulgar todos os factos relevantes e de provar que a caução para custas não deverá ser decretada.²¹³

Este parecer revelou-se extremamente controvertido e gerou enormes discussões sobre o seu mérito, destacando-se as cerradas críticas que lhe foram dirigidas quer pela indústria dos terceiros financiadores²¹⁴, quer pela doutrina.

²¹¹ Honlet 2015, p. 705; Darwazeh e Leleu 2016, p. 142.

²¹² O ilustre autor comparou esta situação a um *gambler's nirvana*, onde se tratando de um jogo de cara ou coroa, o financiador vence se calhar cara e não perde se calhar coroa: “*It is increasingly common for BIT [Bilateral Investment Treaty] claims to be financed by an identified, or (as here) unidentified third party funder, either related to the nominal claimant or one that engages in the business venture of advancing money to fund the Claimant's claim, essentially as a joint-venture to share the rewards of success but, if security for costs orders are not made, to risk no more than its spent costs in the event of failure. (...) In this regard, the integrity of the BIT regimes is apt to be recalibrated in the case of a third party funder, related or unrelated, to mandate that its real exposure to costs orders which may go one way to it on success should flow the other direction on failure. RSM Production v. Saint Lucia, parágrafo 9-13 das Assenting Reasons.*”

²¹³ *Ibidem*, parágrafo 18 das *Assenting Reasons*.

²¹⁴ A título exemplificativo, leia-se as duras palavras do CEO do *third-party funder* Burford Capital, que considerou a decisão como discriminatória, argumentando que “*Asking a third-party funder to double its potential loss exposure in a matter (by assuming adverse costs risk as well as the claimant's costs) will*

VON GOELER considerou que não há razão para se realizar uma inversão do ónus da prova na presença de um terceiro financiador, defendendo que se deve avaliar os factos relacionados com o financiamento de acordo com o quadro jurídico aplicável à generalidade dos casos. HENRIQUES encarou a ideia como sedutora, na medida em que facilita uma decisão alicerçada na incapacidade financeira do demandante, mas perigosa em igual medida, por “dada a variedade de situações que poderão justificar que uma parte recorra a um financiamento exterior (...) generalizar o que deve ser particularizado”, acabando por a rejeitar de forma contundente.²¹⁵

No entanto, esta ideia não foi totalmente descartada da mente dos juristas. Não obstante a vilificação da posição de GRIFFITH pela indústria do *third-party funding*, nem todos os autores repugnam a ideia, como é o exemplo de HARWOOD, BATIFORT e TRAHANAS, que argumentam que “*once it has been established that the claimant is relying on third-party funding, this constitutes prima facie evidence of the claimant’s impecuniosity, and the claimant should then be required to provide positive evidence of its ability to comply with a costs award.*”²¹⁶

De facto, concordarmos que despoletar uma presunção de incapacidade financeira com base na mera presença de um terceiro financiador parte de uma generalização errónea. Como já foi afirmado anteriormente, tanto demandantes insolventes como demandantes solventes, financeiramente estáveis, que pretendem mitigar o risco económico associado à causa, recorrem a financiamento por terceiros.²¹⁷ Além disso, o terceiro financiador poderá ter-se comprometido a suportar uma eventual condenação do financiado ao pagamento dos custos do processo.²¹⁸ O mero facto de o demandante ter celebrado um acordo de financiamento com um terceiro não deve gerar uma presunção ilidível da sua incapacidade financeira. A existência de um *third-party funding agreement*

simply result in the price of the capital to the claimant rising sharply, which will create yet another impediment to access to justice.” Bogart, 2014.

²¹⁵ Henriques 2015, p. 609; Henriques 2018, p. 410. Na mesma veia, VON GOELER considerou que não há razão para se realizar uma inversão do ónus da prova na presença de um terceiro financiador, defendendo que se deve avaliar os factos relacionados com o financiamento de acordo com o quadro jurídico aplicável à generalidade dos casos. Von Goeler 2016, p. 354. De igual forma, REDFERN e O’LEARY sugerem que seria um “*step too far to infer, merely from the existence of a third-party funder, that a party will be unable to meet an adverse costs order.*” Redfern e O’Leary 2016, p. 407.

²¹⁶ Harwood, Batifort e Trahanas 2017, p. 112.

²¹⁷ Henriques 2015, p. 589; “*La práctica nos muestra que cada vez en mayor medida existe una utilización creciente de este tipo de acuerdos por parte de grandes empresas que son solventes y que buscan mitigar riesgos. En consecuencia, la mera presencia de un tercero financiador en un procedimiento arbitral no es por sí sola una razón suficiente para ordenar que se preste una cautio judicatum solvi.*” Masiá 2016, p. 218.

²¹⁸ Frignati 2016, p. 518.

é apenas um de uma multiplicidade de fatores que elucidam os árbitros quanto ao seu estado financeiro.²¹⁹

DARWAZEH e LELEU, por sua vez, modificaram a proposta de GRIFFITH, sugerindo que a inversão do ônus da prova deve vigorar quando se encontra satisfeito um critério duplo. Na sua proposta, caberá ao requerente da caução comprovar não só que as despesas associadas à causa são cobertas por um terceiro financiador, mas também que o demandante aparenta ser incapaz ou se encontra indisponível para cumprir uma condenação no pagamento de custos que lhe seja desfavorável.²²⁰ Cumpridos estes duplos pressupostos, o demandante será, doravante, encarregue de demonstrar que a caução para custas é desnecessária.²²¹ Este critério, que nos parece aliciante, procura encontrar o equilíbrio certo entre os interesses de ambas as partes, protegendo o réu sem impor um encargo desproporcionado sobre a parte financiada.²²²

Não podemos, no entanto, deixar de partilhar a preocupação expressa por VON GOELER, que se refere a uma tendência indesejável de se utilizar o *third-party funding* como pretexto para inverter o ônus da prova, e dessa forma, se desvirtuarem os critérios legalmente aplicáveis.²²³ Será esta inversão do ônus da prova justificada? Ou será que a preconização de um teste de equidade que tome em consideração as circunstâncias do caso concreto, nomeadamente das especificidades do financiamento em causa, não será mais adequada? Inclina-mos mais para esta segunda hipótese.

4.1.2. Subsequentes decisões no domínio da arbitragem de investimento.

Foram recusados vários pedidos de caução para custas em decisões subsequentes de arbitragem de investimento, sendo possível observar um distanciamento da jurisprudência arbitral em relação à controversa opinião de GRIFFITH.

Na decisão *Guaracachi v. Bolivia*, um tribunal UNCITRAL rejeitou um pedido de *security for costs* por compreender que a existência de um terceiro financiador foi

²¹⁹ Henderson 2011, p. 72; Von Goeler 2016, p. 341.

²²⁰ Darwazeh e Leleu 2016, p. 143-146.

²²¹ *Ibidem*.

²²² *Ibidem*.

²²³ Von Goeler 2016, p. 354-355.

insuficiente para demonstrar a incapacidade do demandante cumprir uma potencial condenação no pagamento de custas.²²⁴

No caso *Eurogas Inc and Belmont Resources Inc v Slovak Republic*, o tribunal concluiu que dificuldades financeiras e o financiamento de um litígio por terceiros não constituem, por si só, circunstâncias excepcionais.²²⁵ No seu entendimento, estas circunstâncias excepcionais só se verificaram no caso *RSM Production v Saint Lucia* em virtude do historial de incumprimento do demandado, considerado cumulativamente com a sua “impecuniosidade” e com a presença do terceiro financiador.²²⁶

Na decisão *South America Silver Limited v. Bolivia*, o tribunal arbitral também enveredou pelo entendimento de que a mera existência de um terceiro financiador, apesar de constituir um elemento a ponderar, não constitui evidência suficiente da inabilidade do demandante cobrir uma ordem de pagamento de custas ou de insolvência.²²⁷ O tribunal acrescentou ainda que se fosse exigida prestação de caução sempre que o autor fosse financiado por um terceiro, tal conduziria a que os demandados pudessem requerer e obter a caução sistematicamente, contribuindo para um maior risco de refrear a instauração de causas bem fundamentadas.²²⁸

Destaca-se, no entanto, o caso *Sehil v Turkmenistan*²²⁹ no qual o tribunal exprimiu, na *ratio decidendi* do seu decretamento de caução, simpatia pela preocupação do demandante em obter a *order for costs* na eventualidade do autor não ser capaz de suportar e o terceiro financiador ter “desaparecido” por não constituir parte da arbitragem.²³⁰

É possível concluir que a maioria da jurisprudência arbitral de investimento se mantém afincada no entendimento de que a ordenação de caução para custas se deve remeter a casos excepcionais, apreciando o envolvimento de um terceiro financiador em termos muito limitados.

²²⁴ *Guaracachi v. Bolivia*, parágrafo 7.

²²⁵ *Eurogas Inc and Belmont Resources Inc v. Slovak Republic*, caso ICSID n.º ARB/14/14, *Procedural Order No. 3 Decision on the Parties' Request for Provisional Measures*, datado de 23 de junho de 2015, parágrafos 122-123.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ *South America Silver Ltd. v. Bolivia*, parágrafo 75, 78.

²²⁸ *Ibidem*, parágrafo 77.

²²⁹ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, caso ICSID n.º ARB/12/6, ordem processual n.º 3, datada de 15 de junho de 2015.

²³⁰ Caso *Sehil v Turkmenistan*, parágrafo 13.

4.2. Arbitragem comercial.

Como tivemos oportunidade de observar, a “impecuniosidade” do demandante não basta para se considerar justificado o decretamento de uma caução para custos, sendo necessário comprovar-se que houve uma alteração significativa da sua situação financeira após a celebração da convenção arbitral. Gerou-se alguma divergência quanto a saber se o facto de uma das partes, posteriormente a ter assinado uma convenção arbitral, ter celebrado um acordo de financiamento com um terceiro constitui por si só uma tal alteração substancial e imprevisível da sua solidez financeira.

A noção de que o financiamento por uma entidade externa deve constituir uma circunstância excecional e *per si* significar uma alteração substancial da condição económico-financeira do financiado recebeu algum apoio. SANDROCK, ao elencar as situações que se podem considerar como circunstâncias excecionais, passíveis de justificar uma caução para custas, referiu os casos em que o demandante não tem meios suficientes para interpor a ação sozinho e necessita de se socorrer de auxílio financeiro por parte de um terceiro.²³¹ No seu enalço, SMITH afirma que “*the possibility of a third-party funder of either side’s legal costs is not contemplated at the moment of consent to the arbitration, at which point each side accepts the risks around the other party being able to pay the costs or damages, or provide security for costs, associated with any future arbitration under the relevant contractual jurisdiction clause.*”²³² A imprevisibilidade das consequências negativas advindas da celebração do acordo de financiamento, que se refletem nas chances de o demandado recuperar os custos, poderá também ser relevante.²³³

Como já tivemos oportunidade de aduzir no capítulo 4.1.1.1., uma porção significativa da doutrina veio antes posicionar-se no sentido de que o terceiro financiador não evidenciará, por si só, uma deterioração das finanças do autor. Dado que tanto demandantes insolventes como demandantes financeiramente estáveis, que pretendem mitigar o risco económico associado à causa, recorrem a financiamento por terceiros, sufragamos este argumento.

²³¹ Na sua senda confira-se ainda Rubins 2000, p. 375; Kalicki 2006; Henderson 2011, p. 73-74; Scherer, Goldsmith e Fléchet 2012, p. 651.

²³² Smith 2012, p. 27, nota 8.

²³³ Von Goeler 2016, p. 345-346.

Ademais, VON GOELER argumenta que a consideração da celebração de um acordo de financiamento como comercialmente imprevisível será discutível.²³⁴ O autor contende que, com o exponencial crescimento e legitimação do financiamento de litígios, será cada vez mais difícil o demandado arguir que o recurso a um terceiro financiador é substancialmente imprevisível.²³⁵

Finda a exposição desta argumentação, inclinamo-nos no sentido de que a celebração de um acordo de financiamento não constitui evidência suficiente de uma deterioração da situação financeira do demandante, mas que tal não impede que seja capaz de colocar o demandado numa situação manifestamente injusta.²³⁶ O terceiro financiador é um importante ponto de partida para a apreciação de um pedido de decretamento de caução para custos, mas será necessário atender às circunstâncias concretas do financiamento para que este seja aceite pelo tribunal arbitral.²³⁷

Uma análise da jurisprudência arbitral comercial irá auxiliar-nos a clarificar que circunstâncias são estas.

4.2.1. Jurisprudência no domínio da arbitragem comercial.

No domínio da arbitragem comercial, o número de acervos em que o tribunal arbitral decretou a prestação de caução devido à presença de um terceiro financiador é parcimonioso. Não obstante a sua escassez, é possível, através da sua análise, concluir que a bitola não é tão elevada como no campo da arbitragem de investimento.

Apesar de tal entendimento não ser beneficiado de uma aceitação unânime²³⁸, surgiu alguma jurisprudência arbitral que, dentro do contexto da arbitragem comercial, optou por não exigir a difícilíssima prova de que o demandante recorreu ao *third-party funding* de má fé ou abusivamente.

²³⁴ *Ibidem.*

²³⁵ O autor alerta, ainda assim, para o facto de que, dado que se trata de uma indústria emergente, poderá não refletir a vontade real ou hipotética das partes no presente. *Ibidem.*

²³⁶ *Ibidem.*

²³⁷ *Ibidem.* No mesmo sentido, Júdice 2018, p. 65.

²³⁸ Pronunciando-se em sentido oposto, Kirtley e Wietrzykowski 2013, p. 30: “*In the authors' opinion, third-party funding should not impact the arbitral tribunal's decision on security for costs unless a respondent can show that third-party funding is being used abusively.*”

Numa ordem procedimental datada de 3 de agosto de 2012, um tribunal da ICC, ao aplicar um teste de equidade amplo, prescindiu, no deferimento do requerimento de uma caução para custas, de que o terceiro financiador tivesse sido utilizado de maneira abusiva ou de má-fé ou que o financiamento fosse comercialmente imprevisível. O facto decisivo neste caso radicou-se nos termos de rescisão do contrato de financiamento, que concediam ao terceiro financiador a prerrogativa de rescindir o seu financiamento a qualquer altura e que, além disso, o financiador não se comprometeu a pagar quaisquer custos do demandado que fossem imputados ao demandante.²³⁹ O tribunal conclui que a intervenção de um terceiro financiador não constitui por si só uma alteração das circunstâncias, mas que devido à formulação específica e às características próprias do acordo de financiamento celebrado entre o autor e o seu financiador, este alterou fundamentalmente as circunstâncias.²⁴⁰

Como este caso ilustra, os tribunais arbitrais, ao avaliar se um pedido de caução de custas deve ser deferido, podem necessitar de considerar detalhadamente os termos de um acordo de financiamento por um terceiro.²⁴¹ Mais concretamente, os direitos de rescisão contratual do terceiro financiador e o facto de esta entidade se comprometer, ou não, a cobrir uma eventual condenação ao pagamento dos custos do processo desempenham um papel central.

Se o financiador não for contratualmente responsável pelos custos da parte contrária em caso de derrota, e quanto mais abrangentes e amplas as cláusulas de rescisão do acordo de financiamento forem para o *third-party funder*, maior será o risco de o demandado se deparar com um autor inadimplente.²⁴² Inversamente, caso a parte financiada demonstre que o seu terceiro financiador, tendo meios económicos suficientes para tal, se comprometeu a cobrir uma condenação no pagamento de custos da contraparte, a caução será muito certamente desnecessária.²⁴³ Dada a importância da análise do conteúdo do acordo de financiamento, é inequívoco que a matéria aqui investigada se encontra intimamente ligada ao dever de revelação da obtenção de financiamento pela parte financiada, e será esta ligação o foco do próximo capítulo.²⁴⁴

²³⁹ X v. Y e Z, caso ICC, ordem processual datada de 3 de agosto de 2012, reproduzida em Pinsolle, 2013, parágrafo 43; Von Goeler 2016, p. 346-349.

²⁴⁰ X v. Y e Z, parágrafo 44.

²⁴¹ Von Goeler 2016, p. 357;

²⁴² *Ibidem*, p. 356.

²⁴³ Kantor 2013, p. 57; Queen Mary & Westfield College University of London 2018, p. 172.

²⁴⁴ Goldsmith e Melchionda 2012(a), p. 59.

Embora a ponderação de considerações mais amplas sobre justiça seja uma abordagem interessante, permitindo capturar e acautelar melhor as nuances do caso concreto do que a inversão rígida do ónus da prova proposta por DARWZEH e LELEU, esta é claramente uma perspectiva minoritária no seio da arbitragem comercial, predominando ainda um critério assente numa alteração substancial e comercialmente imprevisível das circunstâncias.²⁴⁵

5. DEVER DE REVELAÇÃO E A CAUÇÃO PARA CUSTAS.

5.1. Uma breve introdução ao dever de revelação.

A preconização de um dever de revelação da existência de um acordo de financiamento para efeitos de análise de potenciais conflitos de interesse é uma das questões fulcrais da análise da figura do terceiro financiador e tem fomentado uma acesa discussão em seu redor, especialmente no que toca às sérias inquietudes suscitadas em torno do impacto que ele exerce sobre o princípio da independência e imparcialidade dos árbitros.

Efetivamente, a necessidade de os árbitros se manterem livres de predisposições e preconceitos que sejam passíveis de viciar uma decisão imparcial do pleito afirma-se universalmente como um princípio fundamental da arbitragem²⁴⁶ e, *ipso facto*, encontra-se copiosamente sedimentado nas leis de arbitragem da generalidade dos países²⁴⁷, na maioria dos regulamentos de arbitragem²⁴⁸, e, além do mais, referido no artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.²⁴⁹

²⁴⁵ Von Goeler 2016, p. 357; Queen Mary & Westfield College University of London 2018, p. 172.

²⁴⁶ Blackaby et al 2016, parágrafo 4.75-4.78, p. 254-255.

²⁴⁷ Em sede de direito português, o artigo 9.º, n.º 3 da LAV estatui o dever de os árbitros permanecerem independentes e imparciais.

²⁴⁸ Esta tendência gritante encontra-se espelhada no artigo 12.º, n.º 1 do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, no artigo 11.º do Regulamento de Arbitragem da ICC, no artigo 14.º, n.º 1 da Convenção ICSID, no artigo 10.º, n.º 3, do Regulamento do LCIA, no artigo 8.º, n.º 1 do Regulamento de Arbitragem da ICDR, no artigo 11.º, n.º 1 do Regulamento de Arbitragem de Investimento da SIAC e, em Portugal, no artigo 11.º, n.º 1 do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa.

²⁴⁹ Sobre a aplicação dos requisitos contidos no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem à arbitragem, *vide* Lew, Mistelis e Kröll 2003, p. 90-94.

O cumprimento de estes deveres impostos aos árbitros é severamente ameaçado pela existência do terceiro financiador, principalmente na comunidade pequena da arbitragem internacional.²⁵⁰ A relação simbiótica entre os terceiros financiadores e um círculo restrito de firmas de advocacia, os fortes laços entre as firmas de advogados mais reputadas e os árbitros mais notórios e a elevada concentração do segmento de terceiros financiadores ativos que investem no domínio da arbitragem internacional afirmam-se como elementos contribuintes para a percepção de que o financiamento é suscetível de criar conflitos de interesse exclusivos à arbitragem.²⁵¹ Este receio agrava-se ainda ao recordarmos que os terceiros financiadores podem influenciar o financiado na sua escolha de um árbitro para julgar a causa.²⁵²

Ao passo que o financiamento de litígios por terceiros adentra na mundividência jurídica internacional, as relações entre financiadores e potenciais árbitros multiplicam-se, criando situações de facto capazes de lançar dúvidas sobre a imparcialidade dos árbitros.²⁵³

A nomeação repetida de um árbitro particular em diferentes arbitragens onde as partes são financiadas pelo mesmo terceiro financiador é um dos seus exemplos mais evidentes: quando um árbitro é indicado persistentemente por uma determinada parte ou firma de advocacia, levanta-se o espetro de uma possível interdependência entre estes intervenientes.²⁵⁴

Simultaneamente, o financiamento externo faz brotar riscos dessemelhantes dos que se encontram associados às partes e às firmas dos advogados, tipicamente ilustrados pelo muito citado caso hipotético onde o financiador de uma das partes de um determinado processo arbitral custeia, noutra arbitragem, uma parte que se encontra representada por um advogado e que exerce, concomitantemente, funções de juiz-árbitro no primeiro litígio.²⁵⁵

²⁵⁰ Gaillard e Savage 1999, p. 566; Pereira 2016, p. 97.

²⁵¹ Park e Rogers 2014, p. 6. HENRIQUES revela que “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.” Henriques 2015, p. 597.

²⁵² Tudo dependerá do grau de envolvimento do terceiro financiador na lide arbitral. Um financiador passivo em regra não se imiscui na nomeação de árbitro. Por outro, quando se trata de um financiador ativo, este tanto poderá arrogar-se inteiramente do direito de escolher o árbitro ou influenciar informalmente a escolha do financiado. Racine 2012, p. 106.

²⁵³ Von Goeler 2016, p. 253.

²⁵⁴ Racine 2012, p. 106; Rogers 2014, parágrafo 5.72, p. 199-200.

²⁵⁵ Scherer 2012; Von Goeler 2016, p. 253.

A não divulgação de um potencial conflito de interesse entre um terceiro financiador e um árbitro acarreta o risco de comprometer a constituição válida do tribunal arbitral²⁵⁶, podendo daí resultar graves consequências como a abertura de um processo de recusa de árbitro²⁵⁷ ou a impugnação e a possível anulação da sentença arbitral.²⁵⁸

5.1.1. Ausência de regulação.

Posto o problema, é necessário escrutinar de que forma é que este risco é acautelado pelas atuais normas e regras arbitrais. Pois bem, a esmagadora maioria dos textos legislativos e regulamentares não se debruçam especificamente sobre o financiamento de litígios arbitrais, nem sobre os potenciais conflitos de interesses que o envolvimento do terceiro financiador pode gerar no processo arbitral.²⁵⁹ Como iremos de seguida observar, um número considerável de regulamentos arbitrais dispõe sobre o dever de o árbitro se manter imparcial e independente e de divulgar quaisquer informações que possam revelar um possível conflito de interesse, mas estes abstêm-se de atender à divulgação do financiamento por terceiros.²⁶⁰

Uma nova corrente doutrinária tem denunciado este paradigma como inoportável e clamado por regulamentação adicional destas matérias, apoiando-se na ideia de que, apesar da opacidade se afirmar como a norma na arbitragem, a justiça arbitral carece de um certo grau de transparência como *conditio sine qua non* da sua legitimidade e credibilidade²⁶¹ que a regulamentação existente não salvaguarda eficazmente.²⁶²

Estas inquietudes têm motivado apelos por uma maior densificação do já existente dever de revelação dos árbitros para abranger explicitamente relações com terceiros financiadoras, pelo estabelecimento de um dever incumbente às partes de revelar qualquer acordo de financiamento que tenham celebrado com um terceiro e de uma maior iniciativa

²⁵⁶ Lévy e Bonnan 2013, p. 85.

²⁵⁷ A maioria das leis e regulamentos arbitrais dispõe explicitamente que a falta de imparcialidade e independência de um árbitro poderá levar à sua contestação e recusa. Confira-se neste sentido o artigo 14.º do Regulamento de Arbitragem da ICC, o artigo 10.º, n.º 3 do Regulamento do LCIA e o artigo 12.º, n.º 1 do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL.

²⁵⁸ Lew, Mistelis e Kröll 2003, p. 225, 674.

²⁵⁹ Pereira 2016, p. 102.

²⁶⁰ Osmanoglu 2015, p. 337.

²⁶¹ Racine 2012 p. 111.

²⁶² Trusz 2013, p. 1665

institucional arbitral para promover e consolidar a transparência e legitimidade do tribunal.

Refletindo este movimento, têm-se avistado alguns sinais de mudança com a iniciativa de algumas instituições nesta área, que iremos expor. A revisão de 2014 das Diretrizes da IBA tomou a iniciativa de abordar diretamente esta problemática, modificando tanto os seus Princípios Gerais como as listas de exemplos práticos que disponibilizam para densificar e esclarecer o dever de revelação dos árbitros atinente aos *funders*.²⁶³ A ICC veio também pronunciar-se quanto a este assunto, emitindo a *Guidance Note for the Disclosure of Conflicts by Arbitrators* e a mais recente revisão da *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration under the ICC Rules of Arbitration*. Por sua vez, a ICSID arrisca-se a dar um passo ainda maior ao incluir, no projeto de alteração do seu regulamento arbitral, normas destinadas a acautelar o dever de revelação das partes.

É a discussão da conveniência do dever de revelação, das suas várias modalidades possíveis e das novas iniciativas de regulamentação que têm surgido que irá dominar as próximas páginas. Mas antes demais, começaremos por contrapor as vantagens e desvantagens de um dever de revelação do financiamento por terceiros.

5.1.2. As desvantagens da revelação do TPF.

O facto de os terceiros financiadores não fazerem parte substancial da convenção arbitral é um motivo explicativo da dificuldade em legislar um dever de revelação do financiamento por terceiros.²⁶⁴ Os opositores do dever de revelação contestam a sua problematicidade ao nível jurisdicional, na medida em que os acordos de financiamento

²⁶³ Como PEREIRA afirma, as suas regras tendem a refletir as principais preocupações e tendências no mundo da arbitragem internacional. Pereira 2016, p. 102. As Diretrizes da IBA dividem as suas listas de exemplos práticos em três categorias: na Lista Vermelha de Eventos Irrenunciáveis, cujos casos, pela sua gravidade, não podem ser dispensados pelas partes e constituem sempre um conflito de interesses; a Lista Laranja, que se refere às situações em que, dependendo do contexto dos factos, poderão constituir um conflito de interesse; e por fim a Lista Verde, que elenca casos onde não existe um dever de divulgação. *Ibidem*, p. 107-108; Leite 2014, p. 111-112.

²⁶⁴ Osmanoglu 2015, p. 339.

são essencialmente privados e se situam além da competência do tribunal e da regulamentação arbitral.²⁶⁵

Vários autores entendem que é desnecessário impor às partes um dever de revelar o financiamento por um terceiro em quaisquer circunstâncias, acreditando que a autorregulamentação dos próprios financiadores é suficiente, já que estes seriam os principais interessados em evitar interrupções dispendiosas e em evitar o risco de obter uma sentença nula e inexecutável.²⁶⁶ Segundo os mesmos, em virtude de deterem o panorama completo das suas relações com a parte financiada e prospectivos financiadores, encontram-se colocados na melhor posição para julgar a necessidade de revelação.²⁶⁷

Alguns comentadores consideram também que tal dever poderá ser contraproducente na medida em que a divulgação dessa informação pode abrir a porta a abusos, na forma de incidentes e suspeições infundadas, que só irão contribuir para atrasar e encarecer o processo arbitral.²⁶⁸

Uma boa parte da indústria do financiamento de litígios tem expressado apreensão face a um possível dever de revelação, motivada não só pelo receio de que sejam divulgados detalhes sensíveis pertinentes ao acordo de financiamento²⁶⁹, mas também de que a divulgação possa levar a que o tribunal profira decisões desfavoráveis contra o financiado, nomeadamente a sua condenação à prestação de caução para custas e ao pagamento dos custos processuais.²⁷⁰ Como nos foi possível observar, têm surgido cada vez mais casos em que os réus argumentam que o terceiro financiador deve ser sopesado nestas matérias, conformando-se logicamente, como afirmado por TRUSZ, como uma das principais razões dos terceiros financiadores procurarem manterem a sua relação de financiamento confidencial.²⁷¹

²⁶⁵ Cremades 2011, p. 155, que adverte que “*Many lawyers and arbitrators will categorically point out that it’s nobody business who finances the claimant or respondent in an arbitral proceeding.*”

²⁶⁶ Cremades 2013, p. 155; Von Goeler 2016, p. 289.

²⁶⁷ Lévy e Bonnan 2013, p. 92, nota 11.

²⁶⁸ A exposição do financiamento poderá afetar a disponibilidade da contraparte a chegar a um acordo entre as partes ou abrir as portas a que esta desenvolva estratégias que retirem partido deste facto, como por exemplo atrasar deliberadamente o andamento do processo, de forma a delapidar o investimento do financiador. Trusz 2013, p. 1672

²⁶⁹ Scherer e Goldsmith 2012, p. 207; Seidel e Sherman 2013, p. 40.

²⁷⁰ Frignati 2016, p. 517.

²⁷¹ De forma a aliciar os terceiros financiadores a aceitar um dever de revelação, a autora sugeriu legislar-se que o facto de o autor ser financiado não dever ser tomado em consideração na apreciação de um pedido de caução para custas. Trusz 2012, p. 1672-1673. No nosso parecer, esta solução deve ser repudiada por desvalorizar gravemente a relevância do terceiro financiador para um pedido de caução de custas, fechando os olhos aos desequilíbrios por si provocados.

Levantam-se também dificuldades de ordem prática, conflituando este dever com cláusulas de confidencialidade, frequentemente incluídas nos acordos de financiamento, e sendo difícil delimitar quais os tipos de financiamento abrangidos, face às dúvidas que ainda persistem sobre o conceito de terceiro financiador.²⁷²

5.1.3. As suas vantagens.

Dada a magnitude crucial da independência dos árbitros no processo arbitral, os problemas colocados a este princípio não podem ser acautelados somente pela boa-fé dos terceiros financiadores.²⁷³ São conhecidos alguns casos em que a existência de um acordo de financiamento foi revelada espontaneamente, como sucedeu no caso *Jancom v. Onyx*, onde o contrato de financiamento foi divulgado quando o financiador avançou uma proposta de transação judicial²⁷⁴, e, em sede de arbitragem de investimento, no caso *Oxus Gold v. Republic of Uzbekistan*,²⁷⁵ mas a divulgação marca uma exceção, e não a regra.²⁷⁶ A maioria generalizada dos financiadores revelam-se silentes, desempenhando o papel de atores ocultos²⁷⁷, e chegando mesmo a recusar qualquer divulgação quando impelidos a tal pelos réus.²⁷⁸

É verdade que a divulgação, através da discussão da significância dos dados revelados, poderá dar azo a custos adicionais e atrasos processuais. Destarte, quaisquer atrasos e custos acrescidos consequentes destas precauções poderão valer a pena se contribuírem para evitar as consequências, ainda mais gravosas, de um possível incidente de recusa e desqualificação de um membro do tribunal.²⁷⁹

Quaisquer custos e dilações acrescidos serão compensadas pelo facto de a divulgação funcionar também como uma garantia de *due process*, ajudando a prevenir atrasos processuais dispendiosos que possam advir do financiamento por terceiros.²⁸⁰ Os

²⁷² Stoyanov e Owczarek 2015, p. 189; Von Goeler 2016, p. 282-285.

²⁷³ Trusz 2013, p. 1672.

²⁷⁴ Caso referenciado em Racine 2012, p. 110.

²⁷⁵ *Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan, Final Award*, de 17 dezembro de 2015, parágrafo 127.

²⁷⁶ Racine 2012, p. 110.

²⁷⁷ *Ibidem*; “*Les financeurs, qui sont plutôt à la révélation de leur existence, se comportent bien en général comme des acteurs cachés (...)*; no mesmo sentido, Darwazeh e Leleu 2016, p. 135: “*In the past, claimants have not disclosed sua sponte the existence of TPF.*”

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ Goldsmith e Melchionda 2012(a), p. 226; Moseley 2018, p. 1194.

²⁸⁰ Shaw 2017, p. 115.

financiadores que influem pesadamente na condução do processo podem gerar discórdia interna quanto à estratégia a adotar, o que pode atrasar o andamento da ação e constituir má-fé processual.²⁸¹ O conhecimento da existência e da influência do financiador auxilia o tribunal a compreender e avaliar a conduta das partes e do terceiro financiador, precavendo quaisquer comportamentos abusivos e dilatatórios.²⁸² Pelo contrário, se a relação de financiamento se mantiver opaca, permite-se que o processo continue a beneficiar de um “*invisible master*” em detrimento da sua integridade.²⁸³

Contesta-se, também, que os regulamentos institucionais ou sentenças arbitrais sobrepõem-se a qualquer cláusula de confidencialidade incluída no acordo de financiamento que preclua a sua divulgação, algo que os *funders* devem ter em mente.²⁸⁴

5.2. Dever de revelação dos árbitros.

De forma a se escudar a legitimidade do processo arbitral, a maioria das legislações²⁸⁵, dos regulamentos dos principais centros de arbitragem²⁸⁶ e outros instrumentos de *soft law*²⁸⁷ fazem recair sobre os árbitros o dever de ponderar e revelar a existência de circunstâncias que possam afetar a sua imparcialidade e independência. As Diretrizes da IBA não constituem exceção, debruçando-se sobre o assunto no seu Princípio Geral 3(a).²⁸⁸

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² “*Ignoring the existence and role of the funder prevents the tribunal from understanding why counsel may not be acting according to correct and professional standards but in accordance with some unclear strategy, which happens to be the strategy imposed by the funder.*” Crivallero 2013, p. 148-149; no mesmo sentido, Shaw 2017, p. 115.

²⁸³ Crivallero 2013, p. 148-149.

²⁸⁴ “*Funders therefore have to anticipate their possible exposure in arbitral proceedings even where the funding agreement provides for a confidentiality clause.*” Scherer e Goldsmith 2012, p. 218.

²⁸⁵ Apontamos o artigo 1456.º do *Code de Procédure Civile* francês, o artigo 17.º da *Ley de Arbitraje* espanhola, e no direito português, o artigo 13.º da LAV como exemplos.

²⁸⁶ A título exemplificativo, *vide* o artigo 11.º, n.º 2 do Regulamento de Arbitragem da ICC, o artigo 5.4. do Regulamento do LCIA e o artigo 13.º, n.º 2 do Regulamento de Arbitragem da ICDR. Entre nós, os artigos 10.º, n.º 3 e 11.º, n.º 2 do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa e o artigo 4.º do Código Deontológico do Árbitro do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa.

²⁸⁷ De entre estes destaca-se o Princípio Geral 3(a) das Diretrizes da IBA, a Regra 4 das *IBA Rules of Ethics for International Arbitration* e o artigo 4.º do Código Deontológico da APA.

²⁸⁸ Este Princípio diz-nos que “Se houver fatos ou circunstâncias que, aos olhos das partes, possam suscitar dúvidas quanto à imparcialidade ou independência do árbitro, cumpre ao árbitro divulgá-los às partes, à instituição arbitral ou a outra autoridade responsável pela nomeação (se houver, e se assim requerido por força das normas institucionais aplicáveis) e aos co-árbitros, se houver, antes de aceitar sua nomeação ou, após tal aceitação, assim que deles tiver conhecimento.”

Este dever assume maior relevância no momento da constituição do tribunal arbitral, mais notadamente no momento de aceitação do encargo de árbitro. Desta forma, possibilita-se às partes uma avaliação informada da capacidade dos árbitros para julgar o litígio de forma imparcial e, conseqüentemente, da necessidade de as mesmas se fazerem valer dos mecanismos de remoção de um determinado árbitro. Não obstante, o dever de divulgação não se esgota neste momento, persistindo durante o decurso do litígio.²⁸⁹

Apesar das diferenças entre si, a maior parte dos regulamentos arbitrais e códigos de conduta optaram por promover um dever de revelação dos árbitros extenso, exigindo-lhes proatividade na procura de conflitos de interesse.²⁹⁰ Esta obrigação atenta primariamente à existência de laços entre as partes, os seus representantes legais e os árbitros mas dado o impacto que os *funders* exercem no processo arbitral e na nomeação dos árbitros, é imperativo que repare também nas relações existentes com estas entidades.²⁹¹ Por essa razão, tem-se desenvolvido o entendimento de que as normas relativas à independência e imparcialidade destinadas às partes do processo se devem aplicar igualmente aos terceiros financiadores.²⁹²

Como tal, no caso de os árbitros fundadamente suspeitarem que uma das partes é financiada por um terceiro, e que tal é suscetível de prejudicar a imparcialidade e independência do tribunal arbitral, estes devem, *ex officio*, verificar a existência de possíveis conflitos de interesse e divulgar, mesmo em caso de incerteza, quaisquer circunstâncias que possam suscitar dúvidas quanto à integridade do tribunal.²⁹³ A necessidade de revelação deve-se pautar pelo critério dos olhos das partes, adotado pela generalidade das legislações e da doutrina e aplicado pela jurisprudência, que atende à percepção das partes.²⁹⁴

Alguns autores, como TRUSZ, foram ainda mais longe, propondo a divulgação de todas e quaisquer ligações que o árbitro detenha com terceiros financiadores anteriormente ao início do processo arbitral.²⁹⁵ Apesar de a dimensão relativamente

²⁸⁹ Pereira 2016, p. 104.

²⁹⁰ Lévy e Bonnan 2013, p. 85.

²⁹¹ Brabandere 2016, p. 12.

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ Trusz 2012, p. 1677; Lévy e Bonnan 2013, p. 85.

²⁹⁴ Pereira 2016, p. 104.

²⁹⁵ Trusz 2012, 1673.

pequena do mercado de financiadores de litígios possibilitar esta solução, o encargo adicional que acaba por atribuir aos árbitros tem suscitado forte oposição.²⁹⁶

A revisão de 2014 das Diretrizes da IBA refletiu esta forma de pensar e veio esclarecer explicitamente em que medida os terceiros financiadores se encaixam no seu quadro regulamentar de prevenção de conflitos de interesses.

5.2.1. Revisão das Diretrizes da IBA.

As alterações efetuadas ao Princípio Geral 6(b) permitiram incluir na definição de parte qualquer pessoa física ou coletiva que tenha uma relação de controlo sobre determinada parte, bem como, em função do caso concreto, qualquer pessoa física ou coletiva que detenha interesse económico no resultado do processo arbitral, ou uma obrigação de indemnizar a parte pela sentença.²⁹⁷

Como foi anteriormente mencionado, a revisão de 2014 efetuou adições às listas práticas de exemplos concretos, passando a abranger as relações entre árbitros e financiadores de forma explícita nos seus cenários ilustrados. O ponto 1.2 da Lista Vermelha de Eventos Irrenunciáveis passou a propor não só a obrigação de o árbitro divulgar a sua participação na direção ou fiscalização das partes, mas também o exercício de tais poderes sobre terceiros que possam ter um interesse económico direto na sentença arbitral. De igual forma, os pontos 3.4.3 e 3.4.4 da Lista Laranja passaram a incorporar, no seu elenco de relações pessoais que os árbitros devem considerar, as relações com membros da administração de entidades que possuam um interesse económico direto na decisão do tribunal.

Importa ainda referir que nem toda e qualquer divulgação de um conflito de interesses existente entre um terceiro financiador e um árbitro justifica a sua recusa. O critério determinante quanto à necessidade de o árbitro se recusar do julgamento do processo

²⁹⁶ Goldsmith, Scherer e Fléchet 2012, p. 653.

²⁹⁷ Tal equivalência veio dar relevância à nomeação repetida de um árbitro pelo mesmo funder para efeitos dos pontos 3.1.3 e 3.1.4 da Lista Laranja das Diretrizes da IBA. Igualmente, nos casos em que um árbitro detém uma participação num terceiro financiador cotado em mercado regulamentado é simultaneamente financiador de uma das partes do litígio, a sua revelação passa a ser recomendada. O mesmo sucede quanto à circunstância de um árbitro fazer parte de uma sociedade de advogados que beneficie de uma relação privilegiada ou preste serviços a uma determinada entidade financiadora. Voser e Petti 2015, p. 24.

permanece inalterado, desdobrando-se no “teste subjetivo” do Princípio Geral 2(a), que determina que o árbitro se deverá recusar do processo arbitral quando tiver qualquer dúvida quanto à sua capacidade de permanecer imparcial ou independente, e no “teste objetivo” do Princípio Geral 2(b), que procura apurar se, aos olhos de um terceiro informado sobre o caso concreto, existem justificadas dúvidas quanto à independência e imparcialidade do árbitro.²⁹⁸

5.2.2. *Guidance Note da ICC.*

A mais recente *Guidance Note for the Disclosure of Conflicts by Arbitrators* da ICC, nascida com o propósito de dilucidar as circunstâncias em que os árbitros devem optar por revelar possíveis conflitos de interesse, veio incluir os casos em que “o árbitro ou o candidato a árbitro, ou o escritório de advocacia de que faz parte, têm relações de negócios com uma das partes ou com qualquer das suas afiliadas, ou ainda interesse pessoal, de qualquer natureza, no resultado do litígio” no seu repertório de circunstâncias que podem colocar a independência dos árbitros contido no parágrafo 23. Este guia veio emular a formulação empregue pelas Diretrizes da IBA, concretizando, no seu parágrafo 28, que “deverão ser levadas em consideração, conforme as circunstâncias de cada caso, as relações entre os árbitros e as relações com qualquer entidade que tenha interesse econômico direto no litígio ou uma obrigação de ressarcir uma parte após a sentença arbitral.”

Apesar deste passo em frente, a nótula refreou-se de instituir obrigações específicas aos árbitros, deixando ao critério de cada árbitro se, face a estas circunstâncias que assinala como relevantes, existe um verdadeiro conflito de interesses.²⁹⁹

Na revisão da *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration under the ICC Rules of Arbitration* de 2018, esta instituição deu continuidade ao trabalho realizado na referida *Guidance Note*, clarificando que o dever de revelação deverá ser cumprido atendendo não só às partes e aos seus afiliados, mas também aos

²⁹⁸ Leite 2014 p. 112. Pereira 2016, p. 111; Voser e Petti 2015, p. 11. O conceito de dúvidas justificadas encontra-se precisado no Princípio Geral 2(c), considerando-se como tal aquelas que possam levar um terceiro razoável e informado a concluir que existe a possibilidade de o árbitro ser influenciado, na sua decisão, por factos alheios ao mérito da causa. *Ibidem*, p. 13.

²⁹⁹ Masiá 2016, p. 211.

terceiros interessados no resultado da decisão arbitral.³⁰⁰ Esta revisão reflete a inegável tendência para a promoção da transparência no processo arbitral.

5.3. Dever de revelação das partes.

A necessidade, a conveniência e o escopo de um possível dever das partes revelarem a existência de um terceiro financiador é um tema repleto de controvérsia.

A utilidade de um dever de revelação das partes, na medida em que possibilita “um esclarecimento mais eficiente de potenciais conflitos de interesse que possam surgir”, é inegável.³⁰¹ Embora o árbitro possa adquirir conhecimento do envolvimento de um terceiro financiador através da divulgação pública dessa informação, pelo financiador ou por qualquer das partes do litígio, o cumprimento do dever de revelação por parte do árbitro será dificultado se a parte financiada não revelar a existência de financiamento *a priori*, correndo o risco de não se aperceber que uma das partes diante de si é financiada por uma entidade com a qual ele ou a sua firma possui uma ligação.³⁰²

É frequentemente contra-argumentado que o dever de revelação poderá ser, no revés, prejudicial, tendo em consideração que a própria revelação será suscetível de gerar o conflito de interesses que se pretende prevenir. Isto é, se o árbitro não tiver conhecimento da sua ligação ao terceiro financiador de uma das partes, a sua parcialidade não será ofuscada.³⁰³

Contudo, como já foi possível observar, mantém-se o risco de o árbitro tomar conhecimento do envolvimento do terceiro financiador no decurso do processo arbitral, o que poderá levar a um incidente de recusa do árbitro, provocando atrasos no normal andamento do processo e um aumento das despesas processuais. Este envolvimento pode também ser revelado após a sentença arbitral ter sido proferida, ferindo a legitimidade do processo arbitral e suscitando o gravíssimo risco do reconhecimento ou da execução da

³⁰⁰ *Vide* o seu parágrafo 24: “Ao avaliar se uma revelação é necessária, todo árbitro ou candidato a árbitro deverá levar em conta as relações com partes externas ao procedimento que possam ter interesse no resultado da arbitragem. A esse respeito, a Secretaria poderá auxiliar os candidatos a árbitro na identificação de indivíduos e entidades relevantes na arbitragem. Essa indicação não isenta nenhum árbitro ou candidato a árbitro do dever de revelação referente a outros indivíduos e entidades relevantes dos quais árbitro ou candidato a árbitro possa estar ciente. Em caso de dúvida referente a alguma indicação feita pela Secretaria, recomenda-se ao árbitro ou candidato a árbitro que consulte a Secretaria.”

³⁰¹ *Ibidem*, p. 115.

³⁰² Stoyanov e Owczarek 2015, p. 188.; Pereira 2016, p. 113.

³⁰³ Scherer, Goldsmith e Fléchet 2012, p. 651.

sentença poderem vir a ser questionados nos termos do artigo V, n.º 1, alínea d), Convenção de Nova Iorque, com o fundamento de que a constituição do tribunal não ocorreu em conformidade com o convencionado pelas partes.³⁰⁴

Ademais, é possível adiantar que, além de independência e imparcialidade no verdadeiro sentido da palavra, os princípios de imparcialidade e independência também se pronunciam sobre a necessidade de se afastar uma aparência de dependência e parcialidade. Deste modo, a dependência e parcialidade concreta do árbitro é irrelevante para efeitos de um possível dever de revelação, podendo o árbitro ser desqualificado a qualquer altura por não transmitir a aparência de independência.³⁰⁵

Nos últimos anos, o dever de revelação das partes, segundo o qual caberia à parte revelar o facto de ser financiada por um terceiro na fase inicial do processo arbitral³⁰⁶, tem obtido cada vez mais apoio na doutrina, surgindo numerosos autores acérrimos na defesa da sua necessidade para uma efetivação da transparência e para um mais eficiente esclarecimento de potenciais conflitos de interesse.³⁰⁷

As Diretrizes da IBA acompanharam esta tendência com a revisão de 2014, passando o Princípio Geral 7(a) a prever o dever de revelar a existência de qualquer relação entre um árbitro e qualquer pessoa que tenha um interesse económico direto na arbitragem.³⁰⁸ De igual forma, alguns tribunais arbitrais não hesitaram em coagir o demandante à identificação do seu financiador, como sucedeu no já mencionado caso

³⁰⁴ Pereira 2016, p. 105-106; Rogers 2014, p. 200; Osmanoglu 2015, p. 327; Darwazeh e Leleu 2016, p. 135; Trusz 2012, p. 1668-1669.

³⁰⁵ Brabandere e Lepeltak 2012, p. 396; Rogers 2014, parágrafo 5.78, p. 201; Frignati 2016, p. 516.

³⁰⁶ Se o acordo de financiamento for celebrado durante o decurso do processo, este deverá ser divulgado logo quanto possível. Frignati 2016, p. 521.

³⁰⁷ A título exemplificativo, Rogers 2014, p. 201; Osmanoglu 2015, p. 339-340; Crivellaro 2013, p. 150; Pereira 2016, p. 115; Frignati 2016, p. 521; Leite 2014, p. 113; Racine 2012, p. 110-111.

³⁰⁸ O princípio passou a ler-se da seguinte forma: “A parte deve informar o árbitro, o Tribunal Arbitral, as outras partes e a instituição arbitral ou outra autoridade responsável pela nomeação (se houver) a respeito de qualquer relacionamento direto ou indireto entre tal parte (ou outra empresa do mesmo grupo económico) e o árbitro. A parte deve assim proceder por iniciativa própria, antes do início do procedimento ou assim que se tornar ciente de tal relacionamento.” Como PEREIRA afirma, “Considerando o amplo acolhimento das Diretrizes da IBA no seio da comunidade da arbitragem internacional, pese embora o seu carácter vinculativo, é inquestionável que o tratamento desta matéria com a revisão de 2014 implicou um importante reconhecimento do fenómeno de financiamento de litígios arbitrais.” Pereira 2016, p. 102. Resta saber se o dever contido neste Princípio representa uma verdadeira obrigação absoluta e automática, ou se depende de uma análise casuística quanto à relevância do facto, na linha do Princípio Geral 6(a). PEREIRA defende a primeira hipótese, dado que enquanto o árbitro estará, na maior parte dos casos, em condições de apurar o contexto das relações que o ligam às partes, nem sempre será esse o caso da parte. Ainda que a parte deva procurar instruir-se sobre a existência de factos, nem sempre as ligações entre o árbitro e um financiador serão do seu efetivo conhecimento. Pereira 2016, p. 116-118.

*Eurogas v. Slovak Republic*³⁰⁹ e nos casos *South American Silver v. Bolivia* e *Sehil v. Turkmenistan*, cujos contornos iremos analisar mais pormenorizadamente no capítulo subsequente.

5.4. Resposta das instituições arbitrais.

Apesar da proeminência que os demais órgãos reguladores têm adquirido na normatização da divulgação de financiamento, as entidades prediletas para levar a cabo este esforço são as instituições arbitrais.³¹⁰ Não descurando a sua importância, as leis nacionais e tratados apenas incidem sobre os casos sujeitos à sua jurisdição, providenciando uma solução localizada para um problema global.³¹¹ As regras institucionais dos centros de arbitragem oferecem uma maior uniformidade à arbitragem de investimento internacional, contribuindo para resultados mais justos e consistentes.³¹²

Por este motivo, estas instituições têm sido interpeladas a adotar um papel mais ativo na assecuração e preservação da transparência no processo arbitral. A modificação dos seus regulamentos institucionais para incluir uma divulgação *ex ante* do financiamento por terceiros parece-nos a melhor resposta possível, mas tem sido tomada como excessivamente ambiciosa a curto prazo.³¹³

A incorporação na prática institucional de um questionamento das partes sobre quaisquer informações pertinentes à independência e imparcialidade dos prospectivos árbitros tem sido ponderada como outra possível solução. As partes seriam inquiridas neste sentido pela instituição arbitral, que, subsequentemente, forneceria aos árbitros uma lista de terceiros financiadores que tenham qualquer interesse no resultado do processo arbitral em virtude da sua ligação com as partes.³¹⁴

Algumas instituições arbitrais dedicadas à arbitragem de investimento já começaram a implementar regras sobre divulgação, como é o caso do artigo 24.º, alínea l) do Regulamento da Arbitragem de Investimento da SIAC, que se debruçou sobre o

³⁰⁹ Após ter ouvido as partes, o tribunal pronunciou-se no sentido de que “*the Claimant should disclose the identity of the third-party funder.*” *Eurogas v. Slovakia*, parágrafos 144-145.

³¹⁰ Sherer, Goldsmith e Fléchet 2012, p. 217; Moseley 2019, p. 1197;

³¹¹ Krestin e Mulder, 2017.

³¹² Moseley 2019, p. 1198.

³¹³ Darwazeh e Leleu 2016, p. 138.

³¹⁴ Scherer, Goldsmith e Fléchet 2012, p. 653.

conteúdo e extensão do dever. Outra instituição de renome nesta área, designadamente a ICSID, delineou um ambicioso projeto que aborda a divulgação do financiamento por terceiros, cuja publicação se antevê em breve.

5.4.1. Projeto ICSID.

No seio da ICSID, uma das instituições predominantes no domínio da arbitragem de investimento, encontra-se em gestação um projeto de alteração do Regulamento de Arbitragem da ICSID que aborda a divulgação de financiamento por terceiros, expectando-se a sua entrada em vigor já no final do presente ano, condicionada a sua aprovação por dois terços dos votos dos seus estados membros. As modificações propostas pela ICSID no projeto apresentado em agosto de 2018 marcaram um importante passo em frente ao considerar a divulgação do financiamento pelas partes como obrigatória no seu artigo 21.º, n.º 2, onde se estabeleceu que “*a party shall file a written notice disclosing that it has third-party funding and the name of the third-party funder.*”³¹⁵

A versão final do projeto, publicada em fevereiro de 2020, que será sujeita a votação no final deste ano, mantém-se praticamente inalterada³¹⁶, mas nem tudo permanece igual. O seu novo artigo 14.º, n.º 5, onde se estipula que “*The Tribunal may order disclosure of further information regarding the funding agreement and the non-party providing funding pursuant to Rule 36(3) if it deems it necessary at any stage of the proceeding*”, vem agora permitir ao tribunal que ordene a qualquer momento a divulgação

³¹⁵ O projeto foi alvo de reparos por permitir, no seu artigo 21.º, n.º 3, que as partes da arbitragem celebrem acordos de financiamento no decurso do processo, na condição de que seja imediatamente divulgada ao secretariado da ICSID. Quando o acordo de financiamento é divulgado nestas circunstâncias, o processo arbitral poderá ser suspenso enquanto o secretariado investiga a existência de conflitos de interesse, e, caso encontre algum conflito, o árbitro poderá ser impelido a recusar-se do painel arbitral, o que pode infligir um grave aumento de custos e atrasos processuais, falhando desta forma a divulgação um dos seus propósitos basilares: a prevenção de tais atrasos e custos adicionais. Moseley 2019, p. 1199-1200. A versão final do projeto não efetuou qualquer alteração a esta regra.

³¹⁶ O seu artigo 14.º, n.º 1 lê-se da seguinte forma: “*A party shall file a written notice disclosing the name and address of any non-party from which the party, directly or indirectly, has received funds for the pursuit or defense of the proceeding through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the proceeding (“third-party funding”).*”

de qualquer informação adicional sobre o acordo de financiamento ou sobre o financiador que julgue necessária.³¹⁷

Parece-nos que a redação desta regra veio abrir portas à divulgação dos termos contratuais do acordo de financiamento que o tribunal considere necessários para a apreciação de um pedido de aplicação de caução para custas, o que demonstraria uma maior sensibilidade da entidade reguladora mais sensível à necessidade de um dever de divulgação mais extensa no seu conteúdo.

5.5. Os pontos de contacto entre a caução para custas e o dever de revelação.

Desde cedo que a doutrina assinalou que a divulgação, pela parte, de factos relacionados com o financiamento ao tribunal e à parte contrária não releva apenas quanto à imparcialidade dos árbitros, revelando-se, igualmente, essencial à decisão de um tribunal arbitral sobre um pedido de caução para custas.³¹⁸ Estamos perante dois temas distintos, mas que se encontram inequivocamente interligados, influenciando-se mutuamente.

A caução para custas terá, de facto, fortes implicâncias ao nível da conveniência e do escopo do dever de revelação.³¹⁹

Vários comentadores têm favorecido um dever de revelação “limitado”, circunscrevendo-o à divulgação da identidade do terceiro financiador. Como esta informação é suficiente para a identificação de possíveis conflitos de interesse, estes autores descartam a revelação de detalhes adicionais do acordo de financiamento como desnecessária e excessiva.³²⁰ O próprio Princípio Geral 7(a), referido no anterior capítulo, ao determinar somente a necessidade de a parte divulgar quaisquer relações que possam existir com terceiros financiadores, parece sugerir apenas a revelação da sua identidade.

³¹⁷ O artigo 36.º, n.º 3 diz-nos que “*the Tribunal may call upon a party to produce documents or other evidence if it deems it necessary at any stage of the proceeding.*”

³¹⁸ A título exemplificativo, Scherer, Goldsmith e Fléchet 2012, p. 651-652; Rogers 2014, p. 212.

³¹⁹ Questiona-se os tribunais poderão ordenar a divulgação do financiamento por terceiro com o propósito de auscultar a situação financeira do demandante a propósito de um pedido de caução para custas? BRABANDERE dá uma resposta positiva, alicerçada no poder geral conferido ao tribunal para assegurar a integridade do processo arbitral De Brabandere 2016, p. 17.

³²⁰ Frignati 2016, p. 519. “*This would also minimize any delays and inconvenience in finding and bringing a replacement arbitrator up to speed with the case.*” Yeoh 2016, p. 121.

No entanto, os elementos de maior relevo para a apreciação de um pedido de *security for costs* prendem-se com os termos do acordo de financiamento celebrado, mais precisamente com cláusulas relativas aos direitos de rescisão do contrato do terceiro financiador e à extensão da responsabilidade do financiador pelos custos da parte contrária, se a parte que apoia não foi bem-sucedida.³²¹

Dada a importância da caução para custas como meio de proteção da parte passiva contra um demandante “fantasma” ou “impecunioso”, alguns autores promovem um dever de revelação “amplo”, segundo o qual caberá à parte o dever de revelar não só a sua existência e a sua identidade, mas também os termos do seu acordo de financiamento.³²²

Um dever de revelação absoluto, automático e “amplo” das partes será decerto alvo de uma contestação cerrada pelo mundo do *third-party funding*. Uma alternativa mais segura a esta solução passa por os tribunais arbitrais contemplarem uma certa flexibilidade sobre a amplitude do dever de revelação do contrato de financiamento, alargando-se unicamente e na medida em que existam razões claras e convincentes no caso concreto que o justifiquem.³²³ O requerimento de uma caução para custas pela parte demandada estaria, segundo esta proposta, incluída nas possíveis circunstâncias do caso concreto que fundamentam a ampliação do dever de revelação, mais precisamente nos casos em que as circunstâncias indiciam, *prima facie*, um sério receio de que o demandante não será capaz ou não estará disposto a cumprir uma ordem de pagamento de custos do demandado.

Esta posição foi acolhida no artigo 24.º, alínea l) do Regulamento de Arbitragem de Investimento da SIAC, onde foi estipulado que um árbitro pode ordenar “*the disclosure of the existence of funding, the funder’s identity and, where appropriate, details of the external funder’s interest in the proceedings and whether the funder has committed to undertake adverse costs liability.*”

5.5.1. Jurisprudência sobre a amplitude do dever de revelação.

³²¹ Von Goeler 2016, p. 195-196.

³²² Esta posição foi elencada como uma possível solução por Goldsmith e Melchionda 2012(b), p. 223 e nota 9. No mesmo sentido, Crivellaro 2013, p. 149; Darwazeh e Leleu 2016, p. 138.

³²³ Goldsmith e Melchionda 2012(b), p. 223; Chan 2015, p. 282-283; Masiá 2016, p. 216. Von Goeler 2016, p. 340.

Esta questão surgiu no caso *Guaracachi v. Bolivia*, onde o demandado tomou conhecimento da identidade do financiador e requereu, adicionalmente, a revelação do acordo de financiamento, alegando a sua pertinência quanto a possíveis conflitos de interesse e à apreciação de uma caução para custas. O pedido de divulgação foi rejeitado unanimemente pelo tribunal, que sustentou não existir qualquer conflito de interesse entre os árbitros e o terceiro financiador.³²⁴

Foi feito um pedido similar no caso *South America Silver Ltd. v. Bolivia*, onde a Bolívia solicitou não só que o demandante revelasse a identidade do terceiro financiador, mas também que divulgasse os termos do acordo de financiamento.³²⁵ *South America Silver Ltd.* alegou que, ainda que estivesse disposta a fornecer a identidade do terceiro financiador, esta informação seria suficiente para demonstrar a inexistência de um conflito de interesses, sendo a divulgação de informação adicional sobre os termos do acordo de financiamento desnecessária e prejudicial, na medida em que os ditos termos seriam confidenciais e comercialmente sensíveis.³²⁶ O tribunal arbitral não hesitou em ordenar a revelação da identidade do terceiro financiador, mas absteve-se de impor a revelação dos termos contratuais do acordo de financiamento com ele celebrado.³²⁷

Esta decisões reforçam a preconização de um dever de revelação “limitado”, que compreende somente a divulgação da identidade do terceiro financiador, salvo se estiverem presentes circunstâncias especiais que justifiquem uma extensão aos termos do acordo de financiamento.³²⁸

Até à presente data, a divulgação dos termos de um contrato de financiamento por terceiro em virtude da sua relevância a uma potencial caução para custas foi ordenada uma única vez no já referido caso *Sehil v. Turkmenistan*. Assim se lê a ordem do tribunal: “*Claimants shall confirm to Respondent whether its claims in this arbitration are being funded by a third-party funder, and, if so, shall advise Respondent and the Tribunal of the name or names and details of the third-party funder(s), and the nature of the arrangements concluded with the third-party funder(s), including whether and to what extent it/they will share in any successes that Claimants may achieve in this*

³²⁴ *Guaracachi v. Bolivia* parágrafo 9-10.

³²⁵ *South America Silver Ltd. v. Bolivia*, parágrafos 28-30.

³²⁶ *Ibidem*, parágrafo 44.

³²⁷ *Ibidem*, parágrafos 79-80.

³²⁸ Masiá 2016, p. 215.

arbitration.”³²⁹ O tribunal fundamentou a sua decisão não só em preocupações de transparência e de uma proteção da integridade do processo arbitral, permitindo auscultar da imparcialidade dos árbitros, mas também no facto de que o demandado tinha requerido uma caução para custas.³³⁰ Esta sentença já marcou um afastamento do dever de revelação “limitado” defendido nos casos expostos neste capítulo, optando antes por sufragar um dever de revelação “amplo”.³³¹

³²⁹ *Sehil v. Turkmenistan*, parágrafo 13.

³³⁰ Pereira 2016, p. 115.

³³¹ Masiá 2016, p. 215.

CONCLUSÃO

No longo percurso efetuado neste texto, tivemos a oportunidade de nos debruçar sobre dois temas distintos, mas intimamente correlacionados: o *third party funding* e a *security for costs*.

O nosso estudo incidiu sobre a modalidade mais comum de financiamento por terceiros, nomeadamente aquela em que um terceiro face à relação material controvertida litigada decide custear parte ou a totalidade dos custos de uma das partes do pleito e que em contrapartida recebe uma percentagem dos ganhos que a parte obtenha com a causa. Dentro desta, é possível fazer uma distinção entre os financiadores que exercem pouca ou nenhuma influencia sobre a condução do processo e os financiadores que procuram influir pesadamente na estratégia processual do seu financiado.

A principal vantagem do financiamento por terceiros centra-se, sem sombra de dúvida, na promoção de um melhor acesso à justiça, permitindo externalizar os elevados custos processuais associados à arbitragem internacional.

Subsequentemente, explorámos as consequências indesejáveis que advêm do financiamento por terceiros, na medida em que contribui para um aumento de litigância frívola, para um progressivo encarecimento dos processos arbitrais internacionais, e para a facilitação de *hit-and-runs* arbitrais, quer no decurso do processo, quer após uma condenação em custas. Foi este último ponto alvo de destaque por nossa parte, sendo extremamente preocupante que o demandado que sucede na sua defesa contra o demandante financiado dificilmente seja capaz recuperar as suas despesas. Mesmo quando é outorgado ao demandado o direito a ser reembolsado pelos custos que havia suportado no processo, nos termos do modelo “*costs follow event*”, este encontra-se desprovido de meios para executar o seu crédito quer perante o autor, quer perante o terceiro financiador, sendo colocado numa posição desfavorável face à parte financiada.

Após termos lançado alguma luz quanto aos efeitos nocivos do financiamento por terceiros, é absolutamente imprescindível um estudo aprofundado sobre as soluções aptas para colmatar os desafios suscitados pelo financiamento de litígios.

Pondera-se a viabilidade de os terceiros financiadores serem diretamente responsabilizados pelos custos do processo e condenados ao seu pagamento. São conhecidos alguns acervos onde o terceiro financiador foi obrigado a pagar os custos do

processo em função do controlo que exercia sobre ele. As decisões foram, no entanto, proferidas por tribunais estaduais onde o grau de eficácia e coercibilidade é mais elevado do que num tribunal arbitral. São conhecidos uma série de expedientes jurídicos que os tribunais arbitrais empregam para estender as convenções de arbitragem a terceiras entidades não signatárias das mesmas, mas é difícil visionar de que forma estas serão aplicáveis ao financiamento por terceiros. Como tal, os tribunais arbitrais dificilmente serão competentes para condenar o terceiro financiador ao pagamento dos custos processuais.

A solução mais propícia para dar resposta a estas problemáticas toma forma no instituto técnico-jurídico da caução para custas. Ao resguardar a eficácia das condenações ao pagamento de custas da contraparte, esta medida cautelar permite proteger a posição do réu e assegurar a igualdade das partes no processo arbitral. Mas enquanto que a tradição da *security for costs* se encontra entranhada no ADN do direito processual arbitral anglo-saxónico, o seu papel na arbitragem internacional é um ponto que suscita extrema controvérsia. A perceção da medida cautelar como uma idiosincrasia inglesa, que não dever ter qualquer lugar no mundo da arbitragem internacional, tem sido difícil de apagar. O receio de que a sua aplicação resulte num prejudicial entrave ao acesso aos tribunais arbitrais, e que, simultaneamente, ao implicar um pré-juízo dos árbitros sobre o mérito de fundo da causa, venha ferir a integridade e imparcialidade do processo arbitral motiva a reticência de muitos comentadores e árbitros.

Este paradigma necessita de sofrer uma profunda alteração. Com o irromper do *third-party funding* no mundo da arbitragem internacional, e com a popularização do modelo inglês de alocação dos custos institucionais e despesas legais, a importância e necessidade da caução para custas ganha força redobrada.

Não existe um critério universal que oriente um tribunal arbitral na decisão de ordenar ou não uma caução para custas. Os requisitos genéricos das medidas previstos na maior parte dos regulamentos e normas arbitrais são insuficientes para guiar o tribunal neste incidente processual. Mas através de uma análise destas normas, da jurisprudência arbitral e do esforço da doutrina é possível esquematizar sensivelmente os critérios que são empregues pelos tribunais arbitrais. Além da probabilidade séria da validade do direito a acautelar (*fumus bonus iuri*) e do fundado receio de que o direito invocado sofra lesão grave e dificilmente reparável caso esta medida provisória não seja concedida (*periculum in mora*), é necessário que se preencha também o critério da proporcionalidade, isto é, o

balanço entre o fim que a caução para custas pretende acautelar e os efeitos jurídicos que é passível de produzir na esfera jurídica do requerido.

Ao aplicar este crivo, o tribunal arbitral deve empregar um juízo decisório complexo e multifacetado, que acautele as reticências que têm vindo a dominar o mundo da arbitragem internacional. O perigo que um pré-juízo do mérito da causa lança sobre a integridade e imparcialidade dos árbitros pode ser temperado por um critério menos exigente, que se preocupa apenas em averiguar se a pretensão do autor é manifestamente improcedente, ou pela designação de um árbitro especificamente para se pronunciar sobre esta questão. A ameaça que a caução representa como um entrave ao acesso aos tribunais arbitrais, sobretudo no domínio da arbitragem de investimento, onde não se pode descurar a capacidade do estado anfitrião ferir diretamente a capacidade financeira de um investidor estrangeiro, é nada mais que um elemento a ponderar no juízo de proporcionalidade que os juízes-árbitros devem empregar.

Em seguida, analisámos em que medida o terceiro financiador deve influenciar a decisão do tribunal arbitral quanto à apreciação de uma caução para custos. A ideia de que os tribunais arbitrais não podem ignorar o facto de o demandante se encontrar financiado por um *third party funder* tem vindo a ganhar força, mas a medida em que o financiamento a deve influir não é ainda clara.

No domínio da arbitragem de investimento, em virtude da especial fragilidade do acesso à justiça nos litígios entre investidores estrangeiros e os estados que os hospedam, o entendimento prevalecente até hoje dita é que a caução para custas só deverá ser ordenada em casos excepcionais onde existe um histórico de incumprimento de condenação em custos ou uma utilização abusiva do mecanismo de financiamento associado ao *third party funding*. Ainda assim, é possível denotar-se uma corrente minoritária vocal, que sufraga a posição exprimida por Gavan Griffith no seu voto de vencido no caso *RSM Production v. Saint Lucia* e argui por uma presunção de “impecuniosidade” de uma parte financiada.

No âmbito da arbitragem comercial, o cerne da questão colocou-se em saber se o recurso do demandante ao *third party funding* constituiria, ou não, uma alteração substancial e imprevisível das circunstâncias. Enquanto que alguns autores consideram o financiamento por terceiros como indício suficiente de uma alteração substancial das circunstâncias, outros comentadores subscreveram a posição de que o terceiro financiador não evidenciará, por si só, uma deterioração das finanças do autor e de que, tendo em

conta a popularização do financiamento por terceiros, cada vez menos se poderá argumentar que é comercialmente imprevisível.

GU, REDFERN e O'LEARY, e PERICÃO sugerem um romper deste pensamento e contestam a necessidade deste requisito, caminhando no sentido de que não há razão para pressupor que as partes, ao celebrar uma convenção arbitral, tenham abdicado da possibilidade de requerer uma caução para custas. Segundo os mesmos autores, o poder de requerer esta medida cautelar deve configurar uma “*default expectation.*”

Alguma jurisprudência da ICC tem dispensada a exigência de que o *third party funding* tenha sido utilizado de má fé, optando antes por colocar o acento tônico numa apreciação do conteúdo do contrato de financiamento, mais precisamente da extensão da responsabilidade do terceiro financiador por uma possível condenação em custas, e dos termos em que pode rescindir o seu financiamento.

Por fim, o nosso estudo levou-nos a um dos temas mais discutidos da figura do terceiro financiador: a conveniência da preconização de um dever de revelação da existência do terceiro financiador. Dada a inter-relação entre os árbitros e os principais financiadores de litígios, a sua presença é suscetível de criar conflitos de interesse exclusivos à arbitragem comercial internacional que podem colocar em causa a legitimidade e constituição do tribunal arbitral. Com o intuito de acautelar este risco, têm surgido cada vez mais defensores de uma maior regulação de um dever de revelação do financiamento.

O dever de revelação a cargo dos árbitros encontra-se acautelado pela maior parte dos regulamentos dos principais centros de arbitragem, cabendo-lhes a obrigação de divulgar quaisquer relações que possam pôr em causa a sua independência e imparcialidade. Apesar de a esmagadora maioria dos regulamentos não incluir explicitamente o terceiro financiador no rol de relações a divulgar, a revisão das Diretrizes da IBA veio dar força ao entendimento que os árbitros devem atender a estas entidades e às relações que possam ter com elas.

Pelo contrário, a necessidade de as partes divulgarem que celebraram um acordo de financiamento com um terceiro é mais duvidosa. Apesar da sua proficuidade como complemento do dever de revelação dos árbitros, a generalidade dos regulamentos arbitrais nada estabelece neste sentido. Não obstante, levantam-se cada vez mais vozes a defender a sua regulação, e o novo projeto de revisão do regulamento ICSID acompanhou-as ao impor a divulgação do financiamento pelas partes.

Resta saber que elementos devem ser revelados no cumprimento do dever de divulgação. Alguns autores defendem que se deverá limitar este dever à revelação da identidade do financiador, dado que esta informação é suficiente para o apuramento de possíveis conflitos de interesse entre este e o árbitro.

Ainda assim, a apreciação de um pedido de caução para custas depende necessariamente de um dever de revelação “amplo”, que imponha não só a divulgação da identidade do terceiro financiador, mas também de detalhes adicionais do acordo de financiamento. Para este efeito, são particularmente relevantes os termos de rescisão contratualmente previstos e se o terceiro financiador se compromete a cobrir uma condenação ao pagamento de custas ou não. Apesar da maioria da jurisprudência arbitral favorecer um dever de “revelação” limitado, o tribunal arbitral mostrou-se sensível a esta argumentação no caso *Sehil v. Turkmenistan* e ordenou a revelação de outros termos contratuais do acordo de financiamento, de forma a se esclarecer sobre a necessidade da prestação de caução para custas.

Os pedidos de *security for costs* não podem continuar a ser deferidos apenas em circunstâncias excepcionais, fechando-se os olhos ao *third party funding* ou tomando este fenómeno em consideração num plano muito reduzido. De forma a se resguardar a integridade do processo arbitral, julgamos ser necessária a generalização de um critério orientador flexível e atento às particularidades do acordo de financiamento celebrado entre o demandante e o terceiro financiador. Só através do reconhecimento dos desequilíbrios provocados pelo *third party funding* e da aplicação de remédios para os colmatar, pela comunidade arbitral, é que esta modalidade de financiamento será sustentável.³³²

³³² Darwazeh e Leleu 2016, p. 127.

BIBLIOGRAFIA³³³

Aguilar Benitez de Lugo, Mariano. "La cautio iudicatum solvi en el Derecho español." *REDI* 24 (1971): 353-386.

Beisner, John, Jessica Miller, e Gary Rubin. "Selling Lawsuits, Buying Trouble—Third-Party Litigation Funding in the United States." *US Chamber Institute for Legal Reform*. Washington DC: U.S. Chamber Institute for Legal Reform, 2009.

Berger, Bernhard. "Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law." *ASA Bulletin* 28 (2010): 7-81.

Bismuth, Régis. "Anatomy of the Law and Practice of Interim Protective Measures in International Investment Arbitration." *Journal of International Arbitration* 26, n.º 6 (2009): 773-821.

Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edição. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Bogart, Christopher P, "RSM v. St. Lucia: Why the majority got it wrong on security for costs," *Global Arbitration Review*, 9 de Novembro de 2014. <https://globalarbitrationreview.com/third-party-funding/why-the-majority-got-it-wrong-security-costs>.

----- . "Third-party financing of international arbitration." *b-Arbitra| Belgian Review of Arbitration* 2017, n.º 2 (2017): 315-325.

Bondar, Kateryna. "Allocation of costs in investor-State and commercial arbitration: towards a harmonized approach." *Arbitration International* 32, n.º 1 (2016): 45-58.

Bouzols Breton, Mireille, Édouard Bertrand, Jalal El Ahdab, Mylène Jacob, Alexandre Job, Laurence Kiffer, José Rosell e Isabelle S. Monnerville. *Guide pratique sur le financement de l'arbitrage par les tiers (Third Party Funding)*. Paris: ICC France, 2014.

Caron, David D., e Lee Caplan. *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*. 2ª edição. Oxford: Oxford University Press, 2013.

³³³ O estilo de referência bibliográfica empregue corresponde ao método *Turabian*, 8ª edição.

Chan, Elizabeth. "Proposed Guidelines for the Disclosure of Third-Party Funding Arrangements in International Arbitration." *American Review of International Arbitration* 26 (2015): 281-308.

Chartered Institute of Arbitrators. *Applications for Security for Costs*. London: Chartered Institute of Arbitrators, 2016.

Cremades, Bernardo M. "Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration." *Transnational Dispute Management* 8, n.º 4 (2011).

-----, "Concluding Remarks" Em *Third-party Funding in International Arbitration*, editado por Bernardo Cremades e Antonias Dimolitsa, 153-156. Paris: ICC Services, 2013.

Crivellaro, Antonio. "Third-party funding and "mass" claims in investment arbitration." Em *Third-party Funding in International Arbitration*, editado por Bernardo Cremades e Antonias Dimolitsa, 137-152. Paris: ICC Services, 2013.

Croft, Clyde, Christopher Kee, and Jeff Waincymer. *A guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Darwazeh, Nadia, e Adrien Leleu. "Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding." *Journal of International Arbitration* 33, n.º 2 (2016): 125-149.

De Brabandere, Eric. "*Mercantile Adventurers'? The Disclosure of Third-Party Funding in Investment Treaty Arbitration*. Grotius Centre Working Paper 2016/059-IEL, 2016. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2846996>

De Brabandere, Eric, e Julia Lepeltak. "Third-Party Funding in International Investment Arbitration." *ICSID review* 27, n.º 2 (2012): 379-398.

DeStefano, Michele. "Claim funders and commercial claim holders: A common interest or a common problem." *DePaul Law Review* 63 (2013): 305-376.

Franck, Susan D. "Rationalizing costs in investment treaty arbitration." *Washington University Law Review* 88 (2010): 769-852

Frignati, Valentina. "Ethical implications of third-party funding in international arbitration." *Arbitration International* 32, n.º 3 (2016): 505-522.

Gaillard, Emmanuel, e John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

García, Jesús. "Algunas cuestiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la ley orgánica 2/2009." *Teoría y realidad constitucional* 25 (2010): 515-541.

Goldsmichdt, Werner. "Problemas de Derecho internacional procesal hispano-luso-americano." *REDI* 9 (1956): 191-237.

Goldsmith, Aren, e Lorenzo Melchionda. "Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask)." *International Business Law Journal* (2012a): 53-76.

-----, "Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask): Part 2." *International Business Law Journal* 2 (2012b): 221-244.

Gouveia, Mariana F. *Curso de resolução alternativa de litígios*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2014.

Gu, Weixia. "Security for costs in international commercial arbitration." *Journal of International Arbitration* 22 (2005): 167-206.

Harwood, Miriam, Simon Batifort, e Christina Trahanas. "Third-Party Funding: Security for Costs and Other Key Issues." Em *The Investment Treaty Arbitration Review*, editado por Barton Legum, 103-121. London: Law Business Research, 2017.

Henderson, Alastair. "Security for Costs in Arbitration in Singapore." *Asian International Arbitration Journal* 7, n.º 1 (2011): 54-75.

Henriques, Duarte G. "Third-Party Funding – In Search of a Definition." *The American Review of International Arbitration (ARIA)* 28 n.º 4 (2018): 405-431.

-----, "Third party funding ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal." *Revista da Ordem dos Advogados* 75, n.º 3/4 (2015): 573-624.

Henriques, Duarte G, e Joana Albuquerque. "Chapter 12. PORTUGAL." Em *Third Party Funding Law Review*, editado por Leslie Perrin, 112-124. London: Law Business Research, 2017.

Hodges, Christopher, John Peysner, and Angus Nurse. "Litigation funding: status and issues." *European Private Law e-journal* (2012).

Honlet, Jean-Christophe. "Recent decisions on third-party funding in investment arbitration." *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 30, n.º 3 (2015): 699-712.

Júdice, José M. "Some notes about third-party funding: a work in progress." *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones* 11, n.º 1 (2018): 55-71.

Kahale III, George. "Is Investor-State Arbitration Broken?." *Transnational Dispute Management* 9, n.º 7 (2012).

Kalicki, Jean E. "Security for Costs in International Arbitration." *Transnational Dispute Management* 3, n.º 5 (2006).

Kantor, Mark. "Risk management tools for respondents – here be dragons." Em *Third-party Funding in International Arbitration*, editado por Bernardo Cremades e Antonias Dimolitsa, 57-69. Paris: ICC Services, 2013.

Karrer, Pierre A. e Marcus Desax. "Security for costs in international arbitration: why, when, and what if..." Em *Law of international business and dispute settlement in the 21st century*, editado por Jean E Kalicki e Anna Joubin-Bret, 339-353. Colony: Carl Heymanns (2001).

Khoury, Susanna, Kate Hurford, and Clide Bowman. "Third party funding in international commercial and treaty arbitration-a panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding." *Transnational Dispute Management (TDM)* 8, n.º 4 (2011).

Kirtley, William, e Koralie Wietrzykowski. "Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?" *Journal of International Arbitration* 30, n.º 1 (2013): 17-30.

Krestin, Marc e Rebecca Mulder, 'Third-Party Funding In International Arbitration: To Regulate Or Not To Regulate?' *Kluwer Arbitration Blog*, 12 de Dezembro de 2017. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/12/12/third-party-funding-international-arbitration-regulate-not-regulate/>

Lamm, C., and Eckhard R. Hellbeck. "Third-party funding in investor-state arbitration introduction and overview." Em *Third-party Funding in International Arbitration*, editado por Bernardo Cremades e Antonias Dimolitsa, 78-94. Paris: ICC Services, 2013.

Leite, António P. "Third Party Funding as a Joint Venture and Not as a Mere Finance Agreement: The Independence and Impartiality of the Arbitrators." Em *VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, editado por António V. da Silva, 105-113. Coimbra: Almedina, 2014.

Lévy, Laurent e Régis Bonnan. "Third-party funding: Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings." Em *Third-party Funding in International Arbitration*, editado por Bernardo Cremades e Antonias Dimolitsa, 78-94. Paris: ICC Services, 2013.

Lew, Julian M., Loukas A. Mistelis, e Stefan M. Kröll. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

Lyon, Jason. "Revolution in progress: Third-party funding of american litigation." *UCLA Law Review* 58 (2010): 571-609.

Olivet, Cecilia, e Pia Eberhardt. "Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom." *Transnational Institute* 27 (2012).

Markert, Lars. "Security for Costs Applications in Investment Arbitration Involving Insolvent Investors." *Contemporary Asia Arbitration Journal* 11 (2018): 217-249

Martin, Susan L. "The Litigation Financing Industry: The Wild West of Finance Should Be Tamed Not Outlawed." *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*. 10 (2004): 55-77.

Masiá, Enrique F. "La financiación por terceros en el arbitraje internacional." *Cuadernos de derecho transnacional* 8, n.º 2 (2016): 203-220.

Miles, Wendy e Duncan Speller. "Security for costs in international arbitration—emerging consensus or continuing difference." *The European Arbitration Review* (2007): 32-34.

Moseley, Sarah E. "Disclosing Third-Party Funding in International Investment Arbitration." *Texas Law Review* 97 (2018): 1181-1203.

Pereira, Ricardo S. "Third Party Funding e implicações éticas na relação com os árbitros." *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* 9 (2016): 88-122.

Pericão, Catarina. "Security For Costs - Admissibilidade e Pressupostos de Aplicação." *Anuário do Laboratório de Resolução Alternativa de Litígios – ADR Lab Yearbook* 1 (2018): 71-105.

Petrochilos, Georgios. "Interim Measures under the Revised UNCITRAL Arbitration Rules." *ASA Bulletin* 28, n.º 4 (2010): 878-890.

Pfennigstorf, Werner. "The European experience with attorney fee shifting." *Law and Contemporary Problems* 47, n.º 1 (1984): 37-124.

Philonenko, Maximilien. "Caution Judicatum Solvi, La." *Journal du droit international* 56 (1929): 609-626.

Pinsolle, Philippe. "Le financement de l'arbitrage par les tiers." *Revue de l'arbitrage: Bulletin du Comité français de l'arbitrage* 2 (2011): 385-414.

-----, "Third Party Funding and Security for Costs." *Les Cahiers de l'Arbitrage* 2, (2013): 399-416.

Queen Mary e Westfield College University of London. *ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*. The Hague: International Council for Commercial Arbitration, 2018.

Racine, Jean-Baptiste. "L'incidence en arbitrage.", em *Le financement de contentieux par un tiers*, editado por Catherine Kessedjian: 95-111. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2012.

Redfern, Alan, and Sam O'Leary. "Why it is time for international arbitration to embrace security for costs." *Arbitration International* 32, n.º 3 (2016): 397-413.

Reid, Greg. "Security for costs in international arbitrations-forget it?" *New Law Journal* 1, n.º 7049 (2002): 1426-1427.

Reiner, Andreas. "Les mesures provisoires et conservatoires et l'Arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI." *Journal du droit international* 125, n.º4 (1998): 853-904.

Rogers, Catherine A. *Ethics in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Rovine, Arthur W. "Allocation of Costs in Recent ICSID Awards." In *Practising Virtue inside International Arbitration*, editado por David D. Caron, Stephan Schill, Abby C. Smutny, and Epaminontas E. Triantafilou, 658-688. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Rubins, Noah. "In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration." *American Review of International Arbitration* 11, n.º 3 (2000): 323-331.

Sandrock, Otto. "Cautio Judicatum Solvi in Arbitration Proceedings or the Duty of an Alien Claimant to Provide Security for the Costs of the Defendant." *Journal of International Arbitration* 14 (1997): 17-37.

Scherer, Maxi, "Out in the open? Third-party funding in arbitration." *CDR—Commercial Dispute Resolution*, 26 de julho de 2012. <<http://www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/out-in-the-open-third-party-funding-in-arbitration>>

Scherer, Maxi, and Aren Goldsmith. "Third party funding in international arbitration in Europe: Part 1-funders' perspectives." *International Business Law Journal* 2 (2012): 207-220.

Scherer, Maxi, Aren Goldsmith, e Camille Fléchet. "Le financement par les tiers des procédures d'arbitrage international, une vue d'Europe Seconde partie: le debat juridique (Third Party Funding of International Arbitration Proceedings - A view from Europe Part II: The Legal Debate)." *International Business Law Journal* 6 (2012): 649-665.

Schreuer, Christoph H., Loretta Malintoppi, August Reinisch, and Anthony C. Sinclair. *The ICSID Convention: A Commentary*. 2^a edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Shackleton, Stewart R. "Annual Review of English Judicial Decisions on Arbitration 2006." *Arbitration Law Reports and Review* 2006, n.º 1 (2006): xlv-lxxxix.

Seidel, Selwyn. "Third-party investing in international arbitration claims – To invest or not to invest? A daunting question." Em *Third-party Funding in International Arbitration*, editado por Bernardo Cremades e Antonias Dimolitsa, 16-31. Paris: ICC Services, 2013.

Seidel, Selwyn, and Sandra Sherman. "" Corporate Governance" Rules Are Coming to Third Party Financing of International Arbitration (and in General)." Em *Third-party Funding in International Arbitration*, editado por Bernardo Cremades e Antonias Dimolitsa, 32-49. Paris: ICC Services, 2013.

Shaw, Gary J. "Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit." *Arbitration International* 33, n.º 1 (2017): 109-120.

Sim, Christine. "Security for Costs in Investor–State Arbitration." *Arbitration International* 33, n.º 3 (2017): 427-495.

Smith, David. "Shifting Sands: Cost-and-Fee Allocation in International Investment Arbitration." *Virginia Journal of International Law* 51 (2010): 749-784.

Smith, Mick. "Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder's Perspective." Em *Third-party funding in international arbitration*, editado por Lisa B. Nieuwveld e Victoria S. Sahani, 19-37. Alphen Aan Den Rijn: Wolters Kluwer, Law & Business, 2013.

Steingruber, Andrea M. *Consent in international arbitration*. 1^a edição. Oxford: OUP Oxford, 2012.

Steinitz, Maya. "Whose Claim Is This Anyway? Third Party Litigation Funding." *Minnesota Law Review* 95, n.º 4 (2011): 11-31.

Stoyanov, Marie, e Olga Owczarek. "Third-Party Funding in International Arbitration: Is it Time for Some Soft Rules?" *BCDR International Arbitration Review* 2, n.º 1 (2015): 171-199.

Trusz, Jennifer A. "Full Disclosure: Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration." *Georgetown Law Journal* 101 (2012): 1649-1681.

Ulmer, Nicolas. "The cost conundrum." *Arbitration International* 26, n.º 2 (2010): 221-250

Veljanovski, Cento. "Third Party Litigation Funding in Europe." *Journal of Law, Economics & Policy* 8 (2011): 405-449.

Von Goeler, Jonas. *Third-party funding in international arbitration and its impact on procedure*. Kluwer Law International B.V: Alphen aan den Rijn, 2016.

Voser, Nathalie, and Angelina M. Petti. "The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration." *ASA Bulletin* 33 (2015): 6-36.

Waye, Vicki. "Conflicts of interests between claimholders, lawyers and litigation entrepreneurs." *Bond Law Review* 19 (2007): 225-274.

Yeoh, Derric. "Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field." *Journal of International Arbitration* 33 (2016): 115-122.