

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXIV (2023) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2023

TOMO 1

M. Januário da Costa Gomes
13-44 Editorial

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alexandre Libório Dias Pereira**
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?
Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?
-
- Alfredo Calderale**
57-83 *Posse pro-labore* e proprietà in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese
Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition
-
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas**
85-133 Sobre a liquidação de fundações
On the liquidation of foundations
-
- André Moreira Simões**
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A
Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts
-
- António Barroso Rodrigues**
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna
In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics
-
- António Menezes Cordeiro**
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local
Horizontal property and holiday rentals
-
- António Pedro Barbas Homem**
277-296 Legitimidade na revolução de 1820
The legitimacy of the 1820 Revolution
-
- Aquilino Paulo Antunes**
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?
Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?
-
- Augusto Teixeira Garcia**
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação
Trademark: Revocation for non-use and renewal

-
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional
An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities
-
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares
On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits
-
- 443-466 **Catarina Salgado**
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios
Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies
-
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**
A escolha de lei tácita: alguns problemas
Tacit choice of law: difficulties it raises
-
- 497-512 **Dário Moura Vicente**
Desinformação, liberdade e responsabilidade
Disinformation, freedom and liability
-
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade
Personality Rights Academic Report
-
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório
Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition
-
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?
Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?
-
- 635-668 **Evaristo Mendes**
Sociedades preliminares e sociedades em formação
Companies Before Incorporation

Filipe A. Henriques Rocha
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais
Arbitration of personal data disputes

Filipe de Arede Nunes
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares
On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes

TOMO 2

Flávio Tartuce
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão
Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão

Francisco A. C. P. Andrade
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?
Software agent's defects of will?

Francisco Mendes Correia
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa
A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition

Francisco Paes Marques
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional
Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy

Gonçalo Aleixo Nunes
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente
The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor

Henrique Marques Candeias
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção
The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention

Hugo Ramos Alves
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão
Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine

Isabel Alexandre
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação
Recognition and Enforcement of Mediated Settlements

-
- Isabel Graes**
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu
The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant
-
- Ivanildo Figueiredo**
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão
Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão
-
- J. P. Remédio Marques**
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de protecção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual
Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights
-
- Jaime Reis**
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática
The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations
-
- Joana Costa Lopes**
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital
The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era
-
- João de Oliveira Gerales**
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé
On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See
-
- João Maurício Adeodato**
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)
Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)
-
- Jones Figueirêdo Alves**
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutriniais de Oliveira Ascensão
Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identitary perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão

- **Jorge Miranda**
1307-1314 A Constituição e a língua
The Constitution and the portuguese language
- **José Alberto Vieira**
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica
Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship
- **José Ferreira Gomes**
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas
The effectiveness of declarations to legal persons
- **José Luís Bonifácio Ramos**
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio
Airbnb or Short-Term Rental and Condominium
- **Luís Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão
Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts
- **Luís de Lima Pinheiro**
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem
Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*
The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)
- **M. Januário da Costa Gomes**
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão
“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão

TOMO 3

- **Manuel Carneiro da Frada**
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)
“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)

-
- Marco Caldeira**
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras
The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments
-
- Margarida Silva Pereira**
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro
Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law
-
- Maria Raquel Rei**
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento
Mandate to assist the vulnerable
-
- Marta Boura**
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado
The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party
-
- Miguel de Lemos**
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica
Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas
On the powers of the court in labor proceedings: some remarks
-
- Míriam Afonso Brigas**
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas
Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes
-
- Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva
Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle
-
- Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*
The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris

-
- Paulo Marques**
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal
Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings
-
- Pedro de Albuquerque**
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)
The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)
-
- Pedro Romano Martinez**
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)
Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado
The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest
-
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem
The new European digital identity. A first approach
-
- Rui Pinto**
1969-1991 A execução de condenações implícitas
The enforcement of implied condemnatory judgments
-
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal
On piercing the corporate veil in the criminal realm
-
- Silvio Romero Beltrão**
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade
The future of personality rights: the value of human person in society
-
- Susana Antas Videira**
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos
Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements

- _____ **Teresa Quintela de Brito**
2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*
Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs
- _____ **Thomas Hoeren**
2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre
Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit
- _____ **Tiago Henrique Sousa**
2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva
Acquisition a non domino an execution sale
- _____ **Tong Io Cheng**
2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada
Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property
- _____ **Vítor Palmela Fidalgo**
2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*
Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?

TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- _____ **Maria João Estorninho**
2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- _____ **Paulo de Sousa Mendes**
2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- _____ **Pedro Pais de Vasconcelos**
2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares

On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits

Carlos Blanco de Moraes* | Mariana Melo Egídio**

Resumo: Entre vários tipos de indagação sobre a validade dos chamados *third party agreements* (acordos de financiamento de contencioso por terceiros) na ordem jurídica portuguesa, pretende discutir-se, em abstrato e de uma ótica maioritariamente de Direito Constitucional, se um contrato de direito privado de financiamento de uma ação popular civil proposta por uma associação de consumidores deve, ou não, ser necessariamente nulo com fundamento em abuso de direito – em concreto, do direito fundamental de acesso aos tribunais e, especificamente, traduzindo-se em abuso de direito de ação popular.

Palavras-Chave: *Third party agreements* (acordos de financiamento de contencioso por terceiros); Ação Popular Civil; Direito da Concorrência; Abuso de direito fundamental de ação; direito de acesso aos tribunais; proteção dos consumidores.

Abstract: Among several questions about the validity of so-called third party agreements in the Portuguese legal order, the present text aims to discuss, in general and from a Constitutional Law point of view, whether a private law agreement regarding third-party litigation funding for backing class action lawsuits filed by a consumer's protection association must be null on the grounds of misuse of rights – namely of the fundamental right of access to the courts and, specifically, on the grounds of misuse of the right to file a class action.

Keywords: Third party agreements; Class action; Competition Law; Misuse of the fundamental right to file a class action; right of access to courts; consumer protection.

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coordenador Científico do Centro de Investigação de Direito Público/Lisbon Public Law. Consultor Sénior do Centro de Competências Jurídicas do Estado.

** Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Consultora Principal do Centro de Competências Jurídicas do Estado.

Sumário: I. Introdução; II. A problemática da validade constitucional e legal de Acordos de Financiamento de contencioso por Terceiros para promover ações populares indemnizatórias de elevada complexidade; Secção I. Da constitucionalidade e legalidade dos Acordos de Financiamento por Terceiros que suportem a instauração de ações contenciosas em litígios entre privados; 1. Introdução à figura dos Acordos de Financiamentos por Terceiros; 2. Da conformidade da figura do Acordo de Financiamento por Terceiros com a ordem constitucional portuguesa; 3. Da admissibilidade em abstrato da figura do Acordo de Financiamento por Terceiros na ordem jurídica europeia; 4. Síntese; Secção II. Do Abuso de Direito no recurso à Ação Popular Civil para defesa do consumidor soldada a um Acordo de Financiamento por Terceiros com *success fee*; 1. Razão de ordem; 2. Questão preliminar: caracterização da ausência de uma disciplina legal em matéria de financiamento por terceiros através de uma ação popular civil como omissão constitucional ou como lacuna; 3. Do hipotético abuso de direito de ação popular civil; 3.1. O abuso de direito fundamental na ordem constitucional portuguesa e na ordem jurídica europeia; 3.2. Da observância pelo direito de ação popular para a defesa do consumidor soldado a um Acordo de Financiamento por Terceiros dos limites intrínsecos desse direito fundamental; 3.3. Limites extrínsecos ao direito fundamental de ação popular para a defesa dos consumidores; a) Boa-fé; b) Moral Pública, ordem pública e bons costumes; c) Colisão de direitos; 3.4. Síntese; Secção III. Conformidade com a Constituição e com o direito europeu de norma legal hipotética que proibisse ou constrangesse intensamente Acordos de Financiamento de contencioso por Terceiros para promover ações populares; 1. Introdução ao problema; 2. Das limitações possíveis ao exercício da autonomia contratual privada e de ação popular para defesa do consumidor; 3. Da desconformidade de uma lei proibitiva da ação popular civil financiada por Acordo de Financiamento por Terceiros com obrigações de resultado determinadas pelo Direito da União Europeia; III. Observações conclusivas

I. Introdução

Associo-me, de entre um sentimento difuso de gratidão e de alguma saudade, aos *Estudos em Homenagem ao Professor Oliveira Ascensão*, um dos maiores vultos do Direito Privado da doutrina portuguesa da segunda metade do Século XX e uma das figuras a quem, a par do Professor Jorge Miranda, a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa mais deve no período de reestruturação, credibilização e afirmação que mediou entre o final dos anos 70 até à passagem do milénio.

Oliveira Ascensão esteve presente em importantes passos do meu percurso académico. Integrou os meus júris de concurso para assistente estagiário, de mestrado e para Professor associado, não tendo estado nas minhas provas de agregação por se ter, entretanto, jubilado.

Marcou um tempo em que, entre assistentes e professores, porque não éramos muitos, todos nos conhecíamos, nos encontrávamos e nos respeitávamos no marco de critérios não escritos de autoridade, urbanidade e exigência. Não existiam as “leis Mariano Gago”; nem o processo de Bolonha; nem listas para os órgãos da escola; nem tendências; nem *templates* curriculares permanentes; nem Fénix; nem “taylorização” do ensino do direito; nem denúncias anónimas contra professores em redes e na imprensa. Mas existia uma comunidade académica (por vezes excessivamente estratárquica, feudal e dura) que fez fermentar e até brilhar uma faculdade mais pequena e ágil, mas orgulhosa de si própria e que, de entre as demais, terá atingido nesse ciclo, uma certa forma humana e doutrinal de apogeu.

Oliveira Ascensão refletia essa imagem de autoridade natural e de exigência com os outros e consigo próprio, a qual foi referência de várias gerações de alunos e docentes. Exibia publicamente um perfil austero, distante, autoritário, analítico, por vezes autorreferencial, implacável com o que entendia ser a mediania e inflexível em relação às suas pré-compreensões científicas, religiosas, académicas e humanas. Sem embargo, sempre tive com ele uma relação afável e dialogada, já que frequentemente parávamos no corredor para discutir, com brevidade, questões académicas, científicas e políticas. Em particular, mostrou ser muito prestável durante a preparação do meu doutoramento para debater temas específicos ligados às relações inter-normativas, que foram o *core* da minha dissertação e nos quais o Professor se movia com grande à-vontade, tendo o seu *Manual de Introdução ao Estudo do Direito* sido uma referência na minha investigação, até como contraponto argumentativo.

Tive o privilégio de conhecer outra vertente menos académica de Oliveira Ascensão em mais do que uma viagem feita a Pernambuco, nesse Brasil que sempre nos fascinou e que o Professor Ascensão guardava avaramente como uma espécie de paraíso perdido. Recordo desse tempo, em que eu ainda exercia funções de assistente e depois professor auxiliar, os passeios realizados com um grupo de amigos comuns na praia de Boa Viagem, alguns jantares coletivos com música (onde pedia, por vezes, para reduzirem o som para se poder conversar) e debates sobre história e literatura onde exibia uma cultura invulgar.

O tema deste artigo feito em sua homenagem escarpeliza, numa das questões problemáticas que nele são abordadas, uma matéria tratada por Oliveira Ascensão – o “abuso de direito” – que no presente escrito é reconfigurado no instituto mais controvertido do “abuso de direito fundamental” e examinado numa ótica de Direito Público, em diálogo com o Direito Privado.

Mais propriamente, pretende-se saber, de entre vários tipos de indagação que incidem sobre a validade dos chamados *third party agreements* na ordem jurídica portuguesa se, em abstrato, um contrato de direito privado de financiamento de

uma ação popular civil proposta por uma associação de consumidores deve, ou não, ser necessariamente nulo com fundamento em abuso de direito.

II. A problemática da validade constitucional e legal de Acordos de Financiamento de contencioso por Terceiros para promover ações populares indemnizatórias de elevada complexidade

1. O objeto deste escrito constitui uma breve síntese de um estudo muito mais aprofundado que foi já concluído, a propósito de uma questão problemática relativa a um litígio em estado de pendência. O mesmo recai sobre a questão da admissibilidade jurídica da instauração de ações populares civis por associações privadas de consumidores, contra empresas privadas de grande dimensão. Essa instauração ocorre, predominantemente, em situações em que essas empresas violaram o Direito da Concorrência, em infração reconhecida por declaração de autoridade administrativa ou judicial portuguesa ou de Estado-membro da União Europeia e cuja conduta ilícita lesou consumidores, cujos interesses a defender se encontram no objeto estatutário das referidas associações de consumidores que atuam como autores populares¹.

Nas violações de Direito da Concorrência por empresas de grande dimensão, as ações populares indemnizatórias de lesados por infração ao Direito da Concorrência não só são extremamente complexas, como também muito onerosas (sendo adiante referidas como “ações de grande complexidade”)².

Precisamente em litígios de direito do consumo existem frequentemente casos com uma pluralidade enorme de lesados aos quais corresponde, individualmente, um pequeno montante indemnizatório, o que conduz ao desincentivo para a instauração da ação judicial, dados os enormes custos do processo, a sua morosidade e alta complexidade e a falta de meios financeiros dos titulares do crédito indemnizatório, o que constitui uma barreira que veda uma defesa eficiente dos consumidores³.

¹ Sobre a ação popular e a representação de interesses nela envolvida, cfr. PAULO OTERO, *A ação popular: configuração e valor no actual direito português*, ROA, a.59, n.3 (Dez.1999), pp. 871-893, em particular p. 883.

² Está em causa o financiamento das despesas necessárias à prossecução adequada das ações intentadas, envolvendo por exemplo as remunerações de advogados, economistas especializados em concorrência, outros peritos, bem como a divulgação de informação aos consumidores. Veja-se sobre este ponto LEONOR ROSSI/MIGUEL SOUSA FERRO, *Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams*, “Revista de Concorrência & Regulação”, n.º 13, ano IV, Janeiro/Março de 2013, pp. 35-87.

³ ÂNGELA FROTA/CRISTINA RODRIGUES DE FREITAS/TERESA MADEIRA, *Das Ações Coletivas em Portugal: «no quadro do direito do consumo»*, APDC, Lisboa, 2007, p. 14.

2. A Ação Popular para a defesa dos consumidores, regulada na Lei da Ação Popular⁴ consiste, à luz do artigo 19.º da Lei do *Private Enforcement*⁵, no meio processual instituído para garantir o ressarcimento dos consumidores lesados por violação do Direito da Concorrência, já que, no contexto da tutela de interesses difusos, permite no plano indemnizatório ressarcir interesses coletivos e individuais homogêneos defendidos por associações de consumidores.

A distinção entre *interesses individuais homogêneos* e *interesses coletivos* não é clara nem unânime na doutrina⁶. Para efeitos de uniformização conceptual, relativamente ao tipo de interesses defendidos pela ação popular, louvamo-nos no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 8/9/2016 (proc. n.º 7617/15.7T8PRT.S1) o qual explicita, proximoamente à caracterologia de Teixeira de Sousa, que “a ação popular tem como objeto a tutela de interesses difusos (o que compreende os interesses difusos *stricto sensu*, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos)”.

Em razão disso mesmo, o aresto precisa que o “objeto da ação popular nunca pode compreender direitos ou interesses meramente individuais. Eles possuem uma dimensão individual e supra-individual, ao contrário dos interesses individuais, que só possuem uma dimensão individual (i.e., singular), pertencem exclusivamente a um ou a alguns titulares”.

E precisa o seguinte, quanto às espécies de “interesses difusos” *lato sensu* que são defendidos pela Ação Popular:

- i) Os interesses difusos em sentido estrito “são indiferenciados, não só porque podem pertencer a qualquer sujeito que se inclua numa certa classe ou categoria, mas também porque eles existem independentemente de qualquer relação voluntária estabelecida entre os seus titulares”, sendo “sempre compatíveis com uma tutela subjetivamente indiferenciada”, pelo que, quando uma “ação se destina à proteção de interesses difusos

⁴ Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, na sua última versão dada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro.

⁵ Lei n.º 23/2018, de 5 de junho. Esta Lei transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014.

⁶ Cfr. em geral, PAULA COSTA E SILVA/NUNO TRIGO DOS REIS, *Private enforcement e tutela colectiva*, Coimbra, Almedina, 2022, p. 12 e ss., e, de forma mais condensada, *O financiamento por terceiro das despesas conexas com a ação popular de private enforcement. O Caso português*, “Revista Ius Dictum – Revista de Teoria Geral do Direito”, Ano III #08, Setembro-Dezembro, AAFDL Editora, 2022, pp. 5-24; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Regime da ação popular do art. 19 da Lei 23/2018*, “Revista de Direito Comercial”, 2022, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com>.

- «stricto sensu», ela tutela um interesse indivisível e insuscetível de ser individualizado, pelo que não se requer qualquer apreciação individual de cada um dos titulares daquele interesse”.
- ii) Os interesses individuais homogêneos são definíveis como situações jurídicas genericamente consideradas, correspondendo aos interesses de cada um dos titulares de um interesse difuso ou de um interesse coletivo, ou seja, “são aqueles em que não existem situações individuais particularizadas, mas tão só situações jurídicas genericamente consideradas”;
 - iii) Quando a ação popular “se destina à proteção de interesses coletivos, ela permite a coletivização de uma massa de ações individuais, mas como estão em causa bens privados de vários sujeitos, não pode dispensar uma análise individualizada da situação de cada um dos seus titulares”.

Ora, as associações de consumidores dispõem de recursos limitados que lhes permitem suportar ações contenciosas mais simples, mas já não as ações populares indemnizatórias complexas. Sendo pouco exequível que o Ministério Público ou o apoio judiciário garantam a viabilidade dessas ações complexas⁷, coloca-se a possibilidade do seu financiamento por terceiros privados, tendo em vista a contratação de peritos e mandatários especializados⁸. O financiamento de processos contenciosos por terceiros pode ser realizado através de diversos tipos de contratos com os proponentes das ações, entre eles o mútuo, a cessão de créditos, o contrato de seguro, os chamados *non-recourse funding agreements* (NRFA) mas, igualmente, por contratos de financiamento, que aqui se designam por acordos de financiamento (de contencioso) por terceiros.

3. Cumpre assim neste ponto aferir se:

- É compatível com a Constituição a celebração de acordos de financiamento de contencioso por terceiros, para possibilitar que associações de consumidores possam promover ações populares indemnizatórias de elevada complexidade,

⁷ RAQUEL DE JESUS CAETANO, *A ação popular (civil) como instrumento de tutela coletiva – uma análise à luz da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto* (dissertação de mestrado), FDUC, 2020, consultada em <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/92667>, pp. 123-131.

⁸ Peritos que devem realizar dispendiosas *due diligences*. Usualmente, os terceiros financiadores realizam *due diligences* detalhadas para avaliar os riscos da ação e decidir sobre os méritos do investimento. Isto implica por parte do autor e seus advogados uma análise fina do ilícito praticado e dos meios de prova, antes de ser dado início a um litígio. Neste sentido, FERNANDO AGUILAR DE CARVALHO/ CONSTANÇA BORGES SACOTO, *Portugal*, “The Third Party Litigation Funding Law Review”, 5.ª edição, Simon Latham (Editor), Londres, Law Business Research, 2021, pp. 161-221, p. 162.

em benefício dos particulares lesados por violação do direito do consumo e da concorrência;

- A celebração de tais acordos implica a prática de abuso do direito fundamental de acesso aos tribunais e, especificamente, de abuso do direito de ação popular.

Secção I. Da constitucionalidade e legalidade dos Acordos de Financiamento por Terceiros que suportem a instauração de ações contenciosas em litígios entre privados

1. Introdução à figura dos Acordos de Financiamentos por Terceiros

4. O Acordo de Financiamento por Terceiros consiste num negócio jurídico privado de natureza contratual, com carácter atípico e inominado, dotado de uma estrutura complexa e portador de um objeto oneroso que envolve uma remuneração aleatória como contrapartida do financiamento de uma ação contenciosa⁹.

5. Comparativamente às restantes modalidades de financiamento de ação litigiosa por terceiro, o Acordo de Financiamento por Terceiros oferece vantagens mais objetivas para o autor popular e para os consumidores lesados, pois¹⁰:

⁹ Desta definição é possível retirar os seguintes elementos constitutivos: i) O AFT é um contrato de direito privado que envolve uma relação sinalagmática entre uma entidade financiadora privada e uma associação privada que tem por escopo a proteção do consumo e a defesa dos consumidores; ii) Trata-se de um contrato atípico, pois o mesmo não se enquadra em nenhuma das categorias de contratos civis e comerciais previstos na lei, sendo apenas identificado como Acordo de Financiamento por Terceiros (AFT), reconduzível no comércio internacional, em particular no quadro da arbitragem, à figura geral do *Third Party Funding Agreement*; iii) O clausulado do AFT revela que se trata de um negócio jurídico complexo, pois nele convergem disposições contratuais oriundas de contratos típicos de direito civil e comercial sem que se consuma em nenhum deles (caso do mútuo, do mandato e da associação em participação); iv) O contrato é oneroso, pois estipula o pagamento à parte financiadora de uma contrapartida monetária pelo custeamento, por esta, da totalidade ou parte das despesas inerentes à ação contenciosa por ela proposta; v) A contrapartida monetária do investidor tem carácter aleatório, pois as partes não calculam com exatidão no momento da outorga do contrato, os ganhos e sacrifícios exatos que o mesmo pode ter para o financiador, que vai efetuar a sua prestação independentemente da procedência da ação que financia: o retorno do seu investimento e a sua remuneração não terão lugar se a ação for julgada improcedente e, mesmo em caso de sucesso, pode o mesmo não receber na íntegra os valores investidos e o *success fee* acordado, se os consumidores lesados reclamarem a totalidade ou uma boa parte da indemnização atribuída pelo tribunal ou se este reduzir o valor da remuneração contratualizada.

¹⁰ Cfr. CLÁUDIA SOFIA RODRIGUES CARVALHO, *Non-Recourse Funding Agreements em Portugal: natureza e obstáculos*, Porto, 2021 (dissertação de mestrado), consultada em <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/36669>.

- i) O autor não se encontra vinculado ao pagamento de juros (como no mútuo);
- ii) Diferentemente da cessão de créditos litigiosos, o autor não cede ao financiador créditos sobre o montante indemnizatório destinado ao pagamento dos custos do processo, nem age por conta deste;
- iii) Em relação ao contrato de seguro de proteção jurídica, não terá de pagar o prémio de seguro;
- iv) Em relação a todas as figuras alternativas, existe uma vantagem financeira para o autor popular e para os lesados que aquele representa, pois o financiador só será remunerado em caso de procedência da ação, o que significa que, se esta for julgada improcedente, o financiador perde o seu investimento, sem que tal implique onerações para o autor popular que transfere o risco para aquele.

6. Da coabitação porosa e necessária entre Acordo de Financiamento por Terceiros e ação popular civil cumpre aferir se os vícios que afetam o acordo se podem propagar à ação popular instaurada.

Duas hipóteses tipológicas de vícios possíveis podem ser identificadas:

- i) A primeira reporta-se à eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade da figura do Acordo de Financiamento por Terceiros na ordem jurídica portuguesa, bem como a sua invalidade na ordem europeia, como instituto considerado *em abstracto*;
- ii) A segunda respeita a vícios próprios que um Acordo de Financiamento por Terceiros celebrado *em concreto* pode enfermar à luz do Direito Civil e do Direito Comercial.

Cumpr, preferencialmente, examinar neste texto o primeiro tipo de vícios.

2. Da conformidade da figura do Acordo de Financiamento por Terceiros com a ordem constitucional portuguesa

7. A faculdade de dois privados celebrarem um contrato atípico e inominado para o financiamento de um processo contencioso, mediante a fixação de uma remuneração ao financiador em caso de a ação contenciosa ser julgada procedente, enquadra-se na liberdade de autonomia privada e, como manifestação desta, na liberdade contratual¹¹.

¹¹ Segue-se, em geral, sobre autonomia privada na modalidade da liberdade contratual, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português – I*, Tomo I, Coimbra, Almedina, 1999,

Não figurando textualmente na Constituição, a jurisprudência constitucional (cfr. por exemplo o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 632/2005¹²) e a doutrina (com destaque para Gomes Canotilho/Vital Moreira¹³ e Jorge Miranda/Rui Medeiros¹⁴) reconhecem à liberdade contratual a natureza de direito fundamental de liberdade ou de direito de natureza análoga a direito, liberdade e garantia, tendo como fonte mediata dois outros direitos fundamentais: o direito de desenvolvimento da personalidade (n.º 1 do artigo 26.º da Constituição) e a liberdade de iniciativa privada (n.º 1 do artigo 61.º da Constituição).

8. A Constituição salvaguarda, mas não regula a liberdade contratual privada, não fixando proibições diretas e precisas ao seu exercício e remetendo para a lei a função de lhe fixar limites no âmbito mais amplo do direito de liberdade de iniciativa privada. Daqui resulta que, reflexamente, a autonomia contratual tem os seus parâmetros definidos na lei e no direito europeu.

Note-se que a grande maioria dos acordos de financiamento por terceiros outorgados por associações de consumidores em Portugal enquadra-se na moldura do artigo 405.º do Código Civil, norma reitora da liberdade contratual privada, não existindo legislação especial que vede a celebração de contratos desta natureza por privados.

9. Não obstante, um setor da doutrina sustenta a inconstitucionalidade de toda a interpretação normativa que admita a propositura de uma ação popular civil financiada por um Acordo de Financiamento por Terceiros, já que este tipo de acordo visaria, exclusivamente, fins lucrativos, utilizando-se a ação popular como meio para garantir o lucro do financiador, o que subverteria o fim reservado pela Constituição ao direito de acesso à Justiça e aos tribunais¹⁵.

p. 169. Cfr., também, em geral, J. SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra, 1997.

¹² Processo n.º 540/03, 2.ª Secção, de 15.11.2005. De acordo com o supracitado Acórdão, a autonomia privada “radica na pressuposição axiológica da pessoa humana, enquanto centro de imputação de uma inviolável dignidade ética –, como a essência de uma livre autodeterminação pessoal”, não podendo “deixar de sublinhar-se a dignidade constitucional da autonomia privada, que, compreensivelmente, irradia a concreta manifestação desta, como liberdade contratual”.

¹³ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 465 e p. 612 e ss.

¹⁴ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 880.

¹⁵ Cfr. nomeadamente PAULO OTERO, *Da dimensão constitucional dos acordos de financiamento (“litigation funding agreements”) de ações populares indemnizatórias: um problema de abuso de direitos*

Sucedem que o fim principal dos acordos de financiamento por terceiros celebrados pelas associações de consumidores que atuam como autores populares (ou seja, como a parte contratual que instaura a ação) não é o lucro. O escopo principal do contrato é, para o autor popular, nos termos do n.º 3 do artigo 52.º da Constituição e da Lei da Ação Popular¹⁶, a proteção de interesses difusos, como é o caso do consumo de bens e serviços e a defesa efetiva dos direitos dos consumidores mediante a reparação indemnizatória de danos sofridos e perpetrados por empresas que violaram o Direito da Concorrência.

É certo que a componente remuneratória constitui, igualmente, um escopo relevante do Acordo de Financiamento por Terceiros. Com efeito, o contrato prevê uma remuneração pelo risco, em regra através de uma taxa de sucesso (*success fee*), risco que é mais elevado para o financiador do que o de outros contratos típicos de financiamento de contencioso, como seria um mútuo, um contrato de cessão de créditos ou um contrato com seguro de proteção jurídica¹⁷. Recorde-se que a improcedência da ação, como vimos, implica perda do financiamento.

10. Cumpre questionar se a justiça deve ser denegada a ações que visem tutelar contratos com objeto lucrativo, por constituir, segundo a referida doutrina, um desvio da função constitucional da Justiça e da atividade dos tribunais¹⁸. A resposta é negativa. A Justiça constitui um dos fins do Estado¹⁹ e, tratando-se embora de

fundamentais, ROA, III/IV 2022, pp. 701-740, em particular pp. 723 e ss. Cfr. ainda Parecer dos Professores Doutores J. GOMES CANOTILHO, JÓNATAS MACHADO e ANTÓNIO MALHEIRO DE MAGALHÃES («*Third Party funding*» – dos acordos de financiamento remunerados através dos direitos de crédito dos representados: da sua ilegitimidade em face da ordem jurídico-constitucional portuguesa), apresentado pela Mastercard no processo *Ius Omnibus v Mastercard* (proc. n.º 19/20.5YQSTR) que corre termos no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

¹⁶ Sobre a tipologia de ações populares, bem como para a sua origem e evolução, cfr. PAULO OTERO, *A ação popular: configuração e valor no actual direito português*, cit., em particular pp. 881 e ss.

¹⁷ No sentido da justificação da atribuição de uma remuneração ao investidor num acordo de financiamento por terceiro soldado a uma ação popular civil, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Regime da ação popular”, cit., p. 579.

¹⁸ Cfr. PAULO OTERO, *Da dimensão constitucional dos acordos de financiamento (“litigation funding agreements”) de ações populares indemnizatórias: um problema de abuso de direitos fundamentais*, cit., pp. 737-738, “Com efeito, se, num juízo *prima facie*, a utilização de um contrato de financiamento de contencioso de ações populares indemnizatórias possa ser compatível com os direitos de acesso aos tribunais e de ação popular, a verdade é que o seu exercício em concreto, nos termos em que se consubstancia num exercício inadmissível de tais direitos fundamentais, por atentar contra o fim, o espírito e o quadro político-axiológico de referência, traduz uma situação de abuso de direito fundamental e de Constituição, encontrando-se fora do programa normativo ou do âmbito de proteção dos respetivos preceitos constitucionais”.

¹⁹ CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2022, p. 15.

uma tarefa pública, não se destina, apenas, a tutelar interesses públicos ou altruísticos. O n.º 1 do artigo 20.º da Constituição assegura a “todos” o “acesso ao direito e aos tribunais para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos”. Por conseguinte, a Justiça é assegurada pelo Estado para tutelar bens e interesses privados, incluindo, naturalmente, os lucrativos.

O facto de o Acordo de Financiamento por Terceiros compreender um objetivo patrimonial na tutela dos direitos indemnizatórios dos lesados (salvaguardado *in fine* pelos artigos 52.º e 60.º da Constituição) e outro lucrativo, no contexto da remuneração do financiamento de uma ação judicial intentada numa modalidade civil, nunca poderia justificar a denegação às partes desse contrato do direito de acesso à justiça e aos tribunais previsto no artigo 20.º, em articulação com os artigos 26.º e 61.º da Constituição.

11. Uma questão mais específica consiste na imputação que pode ser feita às partes contratuais (mormente ao financiador, condicionando o ator popular e o seu mandatário) para, através do Acordo de Financiamento por Terceiros, manipularem o direito de ação jurisdicional de forma a mercantilizar o direito fundamental de acesso aos tribunais²⁰.

Tudo dependerá necessariamente do conteúdo de cada contrato. Contudo, atentando nos contratos que têm sido até ao momento outorgados por associações de consumidores em Portugal e que se encontram sob escrutínio em processos pendentes nos tribunais portugueses, é possível extrair as seguintes ideias-força sobre a suposta mercantilização do direito fundamental de acesso à jurisdição cível:

- i) O Acordo de Financiamento por Terceiros tem como objeto principal financiar uma ação contenciosa de elevada complexidade, cujos custos não se encontram ao alcance nem dos lesados nem das associações de consumidores que os representam, constituindo o único meio viável para garantir o sucesso dessa ação²¹;

²⁰ Cfr. PAULO OTERO, *Da dimensão constitucional dos acordos de financiamento (“litigation funding agreements”) de ações populares indemnizatórias: um problema de abuso de direitos fundamentais*, cit., p. 738, “A natureza comercial do contrato de financiamento de ações populares indemnizatórias conduz a uma mercantilização ou comercialização do direito de acesso aos tribunais: o exercício da ação popular indemnizatória serve de mero instrumento lucrativo por parte de um financiador, transformada que está a ação judicial em objeto de um negócio lucrativo, em claro sentido contrário à natureza e à função constitucional do direito de ação popular.”

²¹ Neste sentido, FERNANDO AGUILAR DE CARVALHO/ CONSTANÇA BORGES SACOTO, *Portugal*, “The Third Party Litigation Funding Law Review”, cit., p. 162.

- ii) O mesmo contrato é, por conseguinte, condição material quase indispensável para que uma empresa de grandes dimensões que violou o Direito da Concorrência seja condenada a indemnizar os consumidores por ela lesados²², garantindo-se um equilíbrio ou “igualdade de armas” no acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva (n.º 4 do artigo 20.º da Constituição) entre a associação que os representa e a referida empresa;
- iii) O contrato outorgado por associação de consumidores na situação descrita não tem como escopo fins exclusivamente patrimoniais, pois permite aos titulares de direitos com insuficiência de meios (a quem a justiça não pode ser denegada por esse facto) o acesso aos tribunais (n.º 1 do artigo 20.º da Constituição) para a defesa de interesses difusos ligados ao direito ao consumo (artigos 52.º e 60.º da Constituição);
- iv) O mesmo tipo de contrato comporta igualmente, sem violar qualquer disposição legal, objetivos lucrativos para o financiador, por via de uma remuneração apenas atribuível em caso de sucesso e de existência de montantes não reclamados pelos lesados;
- v) A instrumentalização “mercantilista” do acesso ao direito suporia que o contrato fosse simulado e assentasse num propósito quase fraudulento, em que o financiador ficcionasse um autor que figurasse como parte contratual e controlasse um mandatário judicial com o objetivo exclusivo de arrecadar um lucro extraído de uma indemnização, a expensas dos lesados que seriam os seus titulares;
- vi) Sem prejuízo de, em casos concretos, se verificarem situações como as descritas, os contratos que tipicamente têm sido outorgados em Portugal por associações de consumidores até ao início do ano de 2023 não assumem globalmente as características acabadas de expor, como resulta, aliás, de decisões judiciais que reconheceram a legitimidade processual destas associações para intentar acções populares civis²³.

²² FERNANDO AGUILAR DE CARVALHO/ CONSTANÇA BORGES SACOTO, *Portugal*, “The Third Party Litigation Funding Law Review”, *cit.*, p. 161 entendem que o acordo de financiamento por terceiros em Portugal seria relevante para pessoas e empresas, as quais, volvida a crise económica gerada pela pandemia de COVID-19, não dispõem de recursos para suportar os elevados custos com litígios, mormente transfronteiriços, com grandes sociedades privadas que comercializam bens e prestam serviços em posições de domínio no mercado.

²³ A título exemplificativo, despacho do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) de 07.04.2022, *Ius Omnibus v Meliá* (proc. n.º 6/21.6YQSTR), que confirmou a legitimidade ativa da autora (pp. 24-27); despacho do TCRS de 25.05.2022, *Ius Omnibus v Super Bock* (proc.

12. Importa ainda sublinhar que a autonomia da vontade e, nesta, a liberdade contratual privada, se encontram salvaguardadas por uma garantia constitucional reforçada, a qual se extrai do artigo 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH). Deste artigo retira-se que, nas relações entre particulares, tudo o que não é vedado por lei é permitido e os limites legais só podem ser estabelecidos para assegurar que o exercício da liberdade do titular não desrespeita a liberdade dos outros e que o mesmo exercício não desrespeita a moral, ordem pública e bem-estar numa sociedade democrática²⁴.

Por força do n.º 2 do artigo 16.º da Constituição, o artigo 29.º da DUDH é um parâmetro interpretativo e integrativo de liberdades fundamentais como a da autonomia contratual privada, sendo que o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010 atribui mesmo às normas da DUDH um valor “quase supraconstitucional”, desde que não conduza a uma solução “menos favorável aos direitos fundamentais do que a interpretação endógena”²⁵.

Daqui resulta uma garantia poderosa contra interpretações redutivas do âmbito de proteção da autonomia contratual, como a que subjaz à conclusão de que a outorga de um Acordo de Financiamento de contencioso por Terceiros entre uma associação de consumidores e um financiador privado estaria viciado. A existir algum tipo de viciação do acordo, a mesma decorrerá, em princípio, de vícios próprios e não de uma qualquer violação objetiva, como figura contratual abstrata, de princípios e regras da ordem constitucional e legal vigente.

3. Da admissibilidade em abstrato da figura do Acordo de Financiamento por Terceiros na ordem jurídica europeia

13. A liberdade de contratação privada deve, também, conformar-se em concreto com o direito institucional e derivado da União Europeia (nos termos da conjugação do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição com os Tratados da União).

n.º 20/20.9YQSTR), que confirmou igualmente a legitimidade ativa da autora (p. 4); Despacho do TCRS de 09.06.2022, *Ius Omnibus v Mastercard* (proc. n.º 19/20.5YQSTR), que confirmou também a legitimidade ativa da autora (pp. 4-5) para promover ações populares de indemnização dos consumidores por práticas anticoncorrenciais, entendendo que o recurso às referidas ações pode ser mesmo o meio mais adequado a garantir o acesso à justiça.

²⁴ Ou seja, os limites constitutivos do instituto do abuso de direito na lei civil portuguesa (art.º 334.º do CC) que limitam formas deformadas de exercício da autonomia privada.

²⁵ Processo n.º 192/2010, Plenário, de 8.04.2010. Admitindo a parametricidade interpretativa e integrativa da declaração relativamente à Constituição instrumental, mas criticando o escasso rigor da expressão “quase supraconstitucional”, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional – Teoria da Constituição*, Tomo II, Coimbra, Almedina, 2018, p. 45.

Ora, numa breve síntese, cumpre reconhecer que o Acordo de Financiamento por Terceiros constitui:

- i) Uma via aceite pelas Regras-Modelo de Processo Civil europeu²⁶ as quais, sendo *soft law*, declaram que o financiamento de “ações coletivas” por terceiro aumenta as oportunidades das partes a ter uma justiça eficiente e promove a igualdade de armas;
- ii) Um meio compreendido na Recomendação da Comissão Europeia de 11 de junho de 2013 (“*Rumo a um Quadro jurídico horizontal europeu de tutela coletiva*”)²⁷, a qual prevê textualmente no seu n.º 16 a possibilidade de o autor de uma “ação de tutela coletiva” dos direitos dos consumidores ser financiado por uma “entidade privada terceira”;
- iii) Um contrato compreendido no teor das recomendações do Parlamento Europeu à Comissão (“*Draft report with Recommendations to the Commission on Responsible Private Funding of Litigation*” de 17-6-2021) as quais caminham no sentido de se viabilizar um “financiamento responsável” por terceiro de ações litigiosas²⁸;
- iv) Um negócio jurídico regulado pela Diretiva 2020/1828, ainda não transposta e que abrangendo as ações coletivas de defesa do consumidor, prevê e fixa critérios de regulação do financiamento por terceiros²⁹.

4. Síntese

14. Não existindo na Constituição, na lei ou no direito da União Europeia disposições proibitivas da celebração de um contrato com conteúdo oneroso e uma remuneração aleatória, visando o financiamento de ações contenciosas de defesa de interesses difusos garantidos pelo Direito da Concorrência, bem como a indemnização dos consumidores lesados, haverá que concluir pela sua admissibilidade, em abstrato, como instituto jurídico³⁰.

²⁶ Vide Regras Modelo UNIDROIT, 2020.

²⁷ <https://eur-lex.europa.eu/>

²⁸ <https://www.europarl.europa.eu/>

²⁹ Diretiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2020 relativa a ações coletivas para proteção dos interesses coletivos dos consumidores e que revoga a Diretiva 2009/22/CE.

³⁰ Neste sentido DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “*Third Party Funding*” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal, ROA, Ano 75, Volume III/IV, Julho/Dezembro de 2015, p. 415 e ss.

15. Estas conclusões não obstam a que se realize uma análise subsequente, a qual examinará se:

- i) O Acordo de Financiamento por Terceiros é instrumento idóneo para financiar uma ação contenciosa específica, como a ação popular civil e se esta, caso se conclua pela inadmissibilidade de um direito de participação política de escopo altruísta ser financiado por semelhante modalidade contratual, não poderá vir a enfermar de vício de abuso de direito fundamental;
- ii) Se uma situação específica de abuso de direito num contrato de financiamento de contencioso por terceiro não contaminará uma ação popular civil por ele financiada.

Secção II. Do Abuso de Direito no recurso à Ação Popular Civil para defesa do consumidor soldada a um Acordo de Financiamento por Terceiros com *success fee*

1. Razão de ordem

16. A proteção do consumo no n.º 3 do artigo 53.º da Constituição, tal como a proteção da saúde, do ambiente ou do património cultural, garante bens jurídicos de relevo objetivo para a generalidade da sociedade, os quais podem ser defendidos independentemente dos direitos fundamentais a eles agregados.

Importa neste ponto aferir se é constitucionalmente admissível que uma ação popular civil para a proteção de consumidores seja intentada por uma associação de consumidores contra empresas privadas de grande dimensão, condenadas previamente por autoridades administrativas ou tribunais de recurso por infrações ao Direito da Concorrência lesivas de consumidores cujos interesses são representados pela mesma associação.

A evolução constitucional e legal da ação popular, na sua modalidade civil³¹, progrediu no sentido da não redução do seu escopo a fins predominantemente altruístas, bem como da admissão de uma coabitação entre estes e fins de reparação de danos dos cidadãos que satisfaçam direitos subjetivos de cunho patrimonial, os quais podem constituir a motivação principal da propositura da ação³². O n.º 3 do artigo

³¹ Para uma visão clássica da ação popular, vide PAULO OTERO, *A ação popular: configuração e valor no actual direito português*, cit., pp. 871-893, em particular pp. 872-873; e LUÍS LINGNAU SILVEIRA, *A Acção Popular*, “Boletim do Ministério da Justiça”, n.º 448, 1995, pp. 11-14.

³² Cfr. PAULO OTERO, *A ação popular: configuração e valor no actual direito português*, cit., p. 881.

52.º da Constituição remete para a lei a definição dos “*casos e os termos*” em que a ação popular pode ser instaurada.

Não haveria, em tese, questões de constitucionalidade a suscitar a respeito das ações populares intentadas pelas associações de consumidores, não fora o facto de as mesmas serem financiadas por terceiros privados mediante a celebração de um acordo de financiamento de contencioso por terceiro, o qual parte da doutrina considera um contrato nulo que viciaria a ação popular, com fundamento em abuso de direito fundamental de ação³³.

2. Questão preliminar: caracterização da ausência de uma disciplina legal em matéria de financiamento por terceiros através de uma ação popular civil como omissão constitucional ou como lacuna

17. Um setor crítico desta modalidade contratual de financiamento de contencioso começa por ser equívoco sobre se a ausência de regulação legal do financiamento de uma ação popular civil constitui uma “lacuna inicial” ou uma “omissão”.

Indubitavelmente, a lei constitui condição essencial para o exercício do direito de ação popular, pois a sua ausência não daria resposta a um conjunto de questões equacionadas pela doutrina, tais como as modalidades de ação, o âmbito material efetivo de aplicação do direito, os critérios de legitimidade processual, os poderes do juiz, o ónus da prova, a definição dos critérios de decisão jurisdicionais ou a extensão do julgado³⁴.

Sucedem que, no que respeita à verificação de uma hipotética omissão (ausência de disciplina que dê concretização a normas constitucionais que impõem a exequibilidade legal do direito fundamental de ação popular), a Constituição nada impõe em matéria de edição de legislação sobre financiamento da ação popular. Esta matéria não se encontra compreendida na tarefa imperativa que o n.º 3 do artigo 53.º da Constituição dirige ao legislador, para regular “os casos” e os “termos” em que o direito fundamental de ação pode ser exercido.

Com efeito, na fórmula constitucional “casos e termos” antes referida no n.º 3 do artigo 52.º da Constituição, não cabe um mandato imperativo ao legislador para regular o financiamento da ação, mas apenas a criação de condições jurídicas

³³ Cfr. PAULO OTERO, *Da dimensão constitucional dos acordos de financiamento (“litigation funding agreements”) de ações populares indemnizatórias: um problema de abuso de direitos fundamentais*, cit.

³⁴ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lisboa, 2003, p. 420.

indispensáveis para que esta possa ser intentada. Podendo ter sido emitida uma lei reguladora do financiamento da ação popular civil, esta não tinha obrigatoriamente de ser aprovada. Não se verifica, por conseguinte, qualquer vazio jurídico na Lei da Ação Popular que postule a ocorrência de uma omissão absoluta parcial geradora de inconstitucionalidade.

18. Quanto a eventuais lacunas³⁵, se é um facto que o legislador pode regular qualquer regime contratual, fixando-lhe limites, não é menos verdade que, se o não fizer, não gera uma falha regulatória, podendo deixar à autonomia privada a liberdade para estipular cláusulas contratuais. Não é possível, por conseguinte, sustentar a existência de uma lacuna de regulação.

Mas mesmo a registar-se uma brecha lacunar, os juízes estão vinculados a integrar essas lacunas, pois não podem abster-se de julgar invocando falta da lei, de acordo com o n.º 1 do artigo 8.º do Código Civil. Com o mandato expressivo que é conferido pela Lei da Ação Popular e Lei do *Private Enforcement* aos tribunais, nomeadamente no que respeita à defesa dos créditos dos consumidores, definição do montante indemnizatório, das despesas processuais e da arbitragem das despesas de procuradoria, qualquer abstenção em julgar representaria denegação de justiça.

Pode sustentar-se que, havendo ausência de lei sobre um regime de financiamento de uma ação popular, a qual redundaria num eventual vazio jurídico, ficaria vedado ao juiz, sob pena de usurpação de poder, integrar lacunas nesse domínio, já que o mesmo verteria sobre matéria de direitos, liberdades e garantias que só o legislador parlamentar ou o Governo mediante autorização poderiam disciplinar.

Este raciocínio, excetuados os domínios penal e tributário³⁶, não tem qualquer suporte normativo. Isto porque: a Lei da Ação Popular e a Lei do *Private Enforcement* conferem poderes relevantes ao juiz para assegurar os direitos e interesses protegidos pelo exercício de uma ação popular civil; porque é lícito ao juiz integrar lacunas no âmbito da reserva parlamentar de lei, observada a devida contenção relativamente a inovações políticas; e porque a impossibilidade de o mesmo juiz integrar essas eventuais lacunas violaria não apenas o artigo 8.º do Código Civil, mas o princípio da proibição de insuficiência na tutela mínima de direitos fundamentais de liberdade,

³⁵ Cfr. em geral, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e Conceito de sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, 1989; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma perspetiva luso-brasileira*, Coimbra, 1995, pp. 428 e ss.; BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1990, pp. 194 e ss.; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 2018, pp. 269 e ss.

³⁶ Cfr. CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, Coimbra, 2003, p. 217.

como os que emergem do artigo 26.º (liberdade contratual) e do n.º 3 do artigo 52.º da Constituição (ação popular tendo em vista o ressarcimento de lesados).

Assim, a falta de uma disciplina relativa ao financiamento de ações populares não constitui nem uma omissão, nem uma lacuna de regulação evidente, pois é diferida para a autonomia contratual privada, sendo brechas lacunares sempre passíveis de integração pelos tribunais.

3. Do hipotético abuso de direito de ação popular civil

3.1. O abuso de direito fundamental na ordem constitucional portuguesa e na ordem jurídica europeia

19. Pode ser suscitado o problema de a celebração de um acordo de financiamento de contencioso por terceiros com *success fee* do financiador, como modalidade dos acordos celebrados por associações de consumidores, redundar num abuso de direito fundamental de ação popular.

Importa, *a priori*, precisar que a transposição da figura civilística do abuso de direito para a órbita do Direito Constitucional não é doutrinária e jurisprudencialmente líquida no Direito Público e, segundo doutrina de referência, apenas se deve aplicar aos direitos de ação e seguindo critérios restritivos³⁷. Por esse mesmo facto, raríssimos são os casos em que a Justiça Constitucional portuguesa tem julgado a inconstitucionalidade de normas fundada em abuso de direito fundamental.

20. O abuso de direito não consta da Constituição portuguesa como uma disfunção no exercício de direitos fundamentais (contrariamente a outras constituições, como a alemã³⁸) e tão pouco consta de lei conformadora do direito de ação popular, defrontando-se com as dúvidas de enquadramento dogmático próprias dos *limites ou restrições implícitas* a direitos fundamentais.

A doutrina civilista, nomeadamente Oliveira Ascensão, considera a existência de limites intrínsecos e extrínsecos aos direitos³⁹, classificação que é acolhida também no Direito Constitucional a respeito dos direitos fundamentais.

³⁷ JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 476 e ss.

³⁸ Na ordem jurídica alemã, por exemplo, o artigo 18.º prevê a figura do abuso de diversos direitos fundamentais que pode conduzir à sua privação individual, com fundamento no atentado à ordem fundamental livre e democrática. A bem da verdade, o instituto não tem sido aplicado pelo Tribunal Constitucional alemão.

³⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil-Teoria Geral*, III – Coimbra, 2002, p. 265.

A figura do abuso de direito como limite implícito e intrínseco a direitos fundamentais, derivado de um desvio inadmissível do fim ou função legal do direito através do modo como é exercido, foi sustentada por algumas obras clássicas do direito alemão⁴⁰, que têm merecido críticas de doutrina mais recente pela indeterminabilidade das intervenções restritivas de direitos que dela podem defluir⁴¹. Não havendo, atento o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, norma constitucional ou legal que credencie o abuso do direito de ação, não será aceitável, a partir de uma qualquer “cláusula implícita”, construir uma regra geral pressuposta que determine que uma ação popular civil financiada por um acordo de financiamento por terceiros remunerado por um *success fee*, incorra automaticamente em abuso de direito fundamental e enferme, sem mais, de inconstitucionalidade.

Ainda assim, por força do n.º 1 do artigo 51.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, o abuso de direito fundamental previsto no artigo 54.º da mesma Carta aplica-se como limite ao direito de ação contenciosa instituída nos Estados-membros⁴², no contexto da garantia do direito ao ressarcimento de particulares por violações ao Direito da Concorrência reguladas na Diretiva 2014/104/UE, transposta para a ordem jurídica interna pela Lei do *Private Enforcement*.

21. De todo o modo, o instituto do abuso de direito fundamental de ação popular, mesmo que seja convocado, seja como parâmetro implícito de constitucionalidade, seja a partir da aplicação do artigo 54.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, não dispensa um escrutínio concreto dos termos em que é exercido, na base de critérios aceites pela dogmática jurídica. Sendo o instituto decorrente do n.º 3 do artigo 52.º da Constituição um direito de ação regulado por lei, poderá ser pertinente convocar, com adaptações, as cláusulas gerais do

⁴⁰ Cfr. a obra clássica de H. GALLWAS, *Der Missbrauch von Grundrechten*, München, 1967, Frankfurt, em especial a tese formulada na p. 49.

⁴¹ JUAN CARLOS DE CARA, *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo*, Madrid, CEC, 1994, pp. 278 e ss. estimou que a tese de GALLWAS, a qual alarga o instituto do abuso de direito a qualquer forma do seu exercício que não se possa subsumir na norma que o estabelece, pecaria por uma indeterminação que não só comprometeria a segurança jurídica como também tornaria, afinal, supérfluas, várias normas específicas relativas ao abuso de direitos fundamentais na Constituição alemã. Cfr., igualmente J.L. SERRANO, *La Clasificación de los Derechos Constitucionales y el Ejercicio Abusivo de los Derechos Fundamentales*, “Persona y Derecho”, 54, 2006, pp. 379 e ss. e ainda, Jorge REIS NOVAIS, *Restrições*, cit, pp. 476 e ss.

⁴² Cfr. sobre o artigo 54.º da Carta, MIGUEL AZOITARTE SANCHEZ, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, org. ANTÓNIO LOPEZ CASTILLO, Valencia, 2019, pp. 1709 e ss.

instituto do abuso de direito previstas no artigo 334.º do Código Civil, bem como as do artigo 54.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de forma que as mesmas possam operar como limites, intrínsecos e extrínsecos, ao exercício desse direito fundamental.

3.2. Da observância pelo direito de ação popular para a defesa do consumidor soldado a um Acordo de Financiamento por Terceiros dos limites intrínsecos desse direito fundamental

22. Os limites intrínsecos de um direito, em geral, emergem da própria estrutura deste último e postulam a necessidade de o seu exercício respeitar o fim ou a função para a qual o mesmo direito foi criado. Essa função, nos direitos fundamentais, retira-se do programa da norma que consagra o sobredito direito.

A “função do direito” comporta, ainda assim, uma área de incerteza na limitação da autonomia privada, não figurando com clareza na jurisprudência civilista, que aqui se aplica subsidiariamente, como parâmetro dominante de censura do abuso de direito⁴³.

Já a doutrina constitucionalista alerta para que, numa sociedade pluralista e aberta de Estado de Direito, a não ser que um sentido restritivo possa ser consensualmente

⁴³ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil-Teoria Geral*, III, *cit.*, p. 270 e seg., faz relevar a função social do direito, que se pode reconduzir a regras específicas, mas que constituiria um limite imanente que se manifestaria de forma diversa nas diversas categorias de direitos. O autor critica, contudo, o artigo 334.º do Código Civil por se referir não à função, mas ao fim social e económico do direito como limite ao seu exercício. A ligação ao exercício impediria que se absorvesse todo o conteúdo do princípio da função social.

Já MENEZES CORDEIRO, *Do Abuso do Direito: estado das questões e perspectivas*, ROA, 65. V II, Set, 2005, p. 4., desvaloriza claramente o fim social e económico como limite, escrevendo que “(...) o fim social ou económico do direito invoca uma determinada construção historicamente situada, a examinar de modo mais detido (...). Adiantamos que, no fundo, ela apenas apela a uma interpretação melhorada das normas, que dê valor à dimensão teleológica. Não exige a ideia de abuso”. Este parâmetro, todavia, acaba por não ser desenvolvido no artigo e parece confirmar, pelo menos em parte, a tese de OLIVEIRA ASCENSÃO (*Direito Civil-Teoria Geral*, III, *cit.*, p. 273) de que aquele autor, na sua dissertação de doutoramento, seria “menos sensível a considerações funcionais” e ao fim social como limite relevante ao exercício do direito.

Também no plano civilístico J. M. COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso de Direito*, Coimbra, 1983, p. 30 e 67, considera que a menção ao fim económico e social seria uma fórmula imprecisa, pois poderia dar a ideia de que o direito cumpre uma função supra-individual, o que não seria exato. Deveria, apenas, falar-se em fim ou função do direito. De qualquer modo, o autor admite, e esta tese é relevante se transposta para os direitos fundamentais, que não haja sempre uma correspondência entre o interesse abstrato que o direito prossegue em termos de vantagem e o interesse concreto que o titular do direito visa prosseguir, sem que se possa falar necessariamente em abuso.

extraído da ordem constitucional ou que a distorção do fim se ligue manifestamente a um exercício malicioso do direito para obter ganhos indevidos dos bens protegidos, a função a prosseguir com o exercício de um direito de liberdade está na discricionariedade do seu titular⁴⁴.

Daqui se extrai que a violação dos limites funcionais e finalísticos do direito tem sido desvalorizada pela doutrina civilística e constitucionalista mais recente, na sua qualidade de limite intrínseco aos direitos, o que não significa que não releve, em situações de evidência para efeito de aferição de abuso de direito, quando exista uma distorção ao escopo da norma positivadora desse direito numa situação de evidência.

23. Entrando no domínio da nossa indagação, é possível argumentar que a ação popular age sempre no interesse geral da coletividade, portanto numa atuação altruísta. Por isso, pode vir a ser sustentado por alguns que o contrato de financiamento acabaria por investir o financiado e ator popular na prossecução do interesse lucrativo do financiador, pelo que a ação popular deixaria esse *motivo altruísta determinante* para visar os interesses lucrativos do financiador. No fundo, um desvio de função e de fins com similitudes ao desvio de poder.

24. Este entendimento suscita diversos tipos de reparos. Assim:

- i) No que toca às ações populares na sua modalidade civil, a respetiva evolução legislativa foi acentuando o objetivo da reparação de lesados em processos de massas, levando a doutrina mais recente a entender que estaria ultrapassada a ideia de que a finalidade reparatória seria acessória em relação à finalidade inibitória na defesa objetiva de bens transpessoais⁴⁵;
- ii) A ação popular civil comporta sempre, em termos objetivos, um escopo altruísta, porque salvaguarda bens supra-individuais, como a proteção do consumo, mas também porque a ação previne e dissuade a repetição da infração⁴⁶ e, ainda, porque a indemnização não beneficia apenas os associados de um ator popular, mas todos os consumidores lesados⁴⁷;

⁴⁴ JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, cit., p. 496.

⁴⁵ RAQUEL DE JESUS CAETANO, *A ação popular (civil) como instrumento de tutela coletiva*, cit., p. 116.

⁴⁶ RAQUEL DE JESUS CAETANO, *A ação popular (civil) como instrumento de tutela coletiva*, cit., p. 122.

⁴⁷ PAULA COSTA E SILVA/NUNO TRIGO DOS REIS, *Private Enforcement e Tutela da Concorrência*, cit., pp. 82, 90 e ss., p. 119.

- iii) Contudo, a Lei da Ação Popular e a Lei do *Private Enforcement* permitem, sem contraditar a Constituição, que a finalidade predominantemente reparatória de interesses individuais homogêneos e de interesses coletivos possa constituir o seu objetivo principal;
- iv) A doutrina civilista⁴⁸ relembra que o desvio de poder ocorre no uso de prerrogativas discricionárias pela Administração quando um órgão público pratica um ato administrativo para atingir fim diverso do fim público que a lei impõe, enquanto que, diversamente, o abuso de direito numa relação entre privados, supõe que o espaço de exercício de um direito subjetivo seja “um espaço de liberdade”, pelo que o particular tem um amplo poder de livre escolha (nos limites legais) do fim dos seus atos e pode aproveitar vantagens e prerrogativas inerentes ao direito para as finalidades que elege;
- v) Em conclusão, nem a motivação da ação popular de defesa dos consumidores se destina obrigatoriamente à defesa dominante de interesses altruístas (desde que os compreenda no seu fim), nem a Constituição ou a lei proíbem que interesses coletivos ou individuais homogêneos na reparação de danos patrimoniais sejam equiordenados aos primeiros ou, até, que se assumam como motivo preponderante da ação.

Deste modo, o interesse subjacente à indemnização do lesado ou lesados⁴⁹ integra o fim das ações populares civis para a defesa de consumidores, não como um escopo subsidiário da ação, mas como um dos seus dois fins principais. Pode mesmo suceder que, estando presentes os dois fins justificantes da referida ação, o ressarcimento tenha constituído, subjetivamente, a motivação preponderante do autor⁵⁰.

25. Verifica-se, ademais, que a posição segundo a qual o escopo da defesa dos consumidores lesados estaria ausente do instituto da ação popular civil financiada por um Acordo de Financiamento de contencioso por Terceiros, o qual teria o lucro como fim dominante, não é convincente porque, como visto, sem esta

⁴⁸ J.M. COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso de Direito*, cit., p. 79.

⁴⁹ Legitimidade que o n.º 1 do artigo 2.º da Lei da Ação Popular alarga a associações (e fundações) de defesa de consumidores e a alínea b) do n.º 2 do artigo 19.º da Lei do *Private Enforcement* amplia a associações de empresas representativas de lesados, no contexto da defesa dos direitos dos consumidores prejudicados por práticas anti-concorrenciais.

⁵⁰ Em geral, sobre a motivação da ação e fins preponderantes nela tutelados, PAULA COSTA E SILVA/NUNO TRIGO DOS REIS, *Private Enforcement e Tutela da Concorrência*, cit., p. 153.

modalidade de ação a defesa dos lesados ficaria inviabilizada em ações de grande complexidade.

No plano do direito europeu, se a ação popular civil intentada por associações de consumidores não tivesse sido configurada pela Lei do *Private Enforcement*, o Estado teria incumprido com a obrigação de resultado de tornar efetiva a tutela dos lesados determinada pelos artigos n.ºs 3.º e 4.º da Diretiva 2014/104/UE.

Já foi demonstrado neste texto que, à luz do artigo 20.º da Constituição (§ 2), as ações complexas de tutela de consumidores lesados só podem ter um mínimo de expectativas de procedência se forem financiadas por terceiro, atentos os seus elevados custos e morosidade, pelo que a ausência desse financiamento implicaria a nominalização, neste domínio material, do direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

26. O posicionamento contrário ao entendimento que perfilhamos parece preferir que se não atinja um dos fins da ação popular (o qual, nos termos do n.º 3 do artigo 52.º, consiste em ressarcir os lesados) a que o mesmo fim possa ser alcançado através de um financiamento privado lucrativo para o financiador da ação. Dir-se-ia que o mesmo entendimento preferiria sacrificar uma igualdade de armas entre as partes e o respeito por um processo equitativo que se ampara no n.º 4 do artigo 20.º da Constituição do que aceitar, como pressuposto dessa “igualização”, que o autor popular seja financiado por um privado que possa receber uma remuneração em caso de sucesso da ação.

Alguém recorda, representando a parábola “David Contra Golias”⁵¹, que muitos expoentes doutrinários defendem os acordos de financiamento por terceiros tendo em vista uma relativa equiparação de meios, em benefício dos litigantes com menor poder financeiro. Ora, ironicamente, diremos nós, o posicionamento que defende a inadmissibilidade pura e simples das ações populares civis soldadas a um acordo de financiamento por terceiros com *success fee* focando-se num argumentário reduzidamente altruísta da Ação Popular, centrado no abuso de direito, parece optar pela defesa de Golias pretendendo, adicionalmente, confiscar a funda a David.

27. Improcede, igualmente, a ideia da transfiguração deformada de um direito de participação política num negócio mercantil.

O facto de a ação popular ser um direito, liberdade e garantia de participação política não significa que o mesmo não possa ser exercido, a par da garantia de

⁵¹ CLÁUDIA SOFIA CARVALHO, *Non-Recourse Funding Agreements em Portugal: natureza e obstáculos*, cit., p. 12.

bens públicos transpessoais inerente a essa ação, com o objetivo de tutelar direitos patrimoniais, já que a Constituição o prevê logo à partida no n.º 3 do artigo 52.⁵²

Com efeito, o direito de ação popular configura uma manifestação da democracia participativa, sendo que a concertação social constitui uma refração dessa modalidade de democracia e nesta, as associações empresariais defendem interesses patrimoniais e, reflexamente, também interesses lucrativos dos seus associados. Quando a Constituição pretende vedar ou regular o financiamento de direitos de participação política, fá-lo diretamente ou remete essa tarefa para a lei, como é o caso do n.º 6 do artigo 51.º, que incumbe a lei de regular o financiamento dos partidos (o qual, em tese, pode ser aberto a empresas privadas, se o legislador assim o decidir), pelo que nada tendo a Constituição ou a lei disposto sobre o financiamento privado de uma ação popular civil, este deve ser deixado à autonomia privada, que pode acordar uma remuneração ao investidor.

A remuneração do investidor de uma ação popular civil não constitui uma certeza, implicando uma opção de risco, pois caso a ação improceda, o investidor nada recebe e, se a grande maioria dos lesados forem ressarcidos, podem não restar do montante da indemnização verbas para pagar a totalidade dos custos do processo onde se inclui a remuneração acordada, que pode não ter lugar ou vir a ser de montante inferior⁵³.

28. As considerações precedentes excluem a existência de um desvio manifesto de função do direito de ação popular para uma finalidade puramente lucrativa, já que a ação pode prosseguir objetivos patrimoniais de ressarcimento de lesados, a par de fins altruístas, ou ter como escopo predominante o ressarcimento desses lesados, assumindo a remuneração do investidor, que é autónoma da ação, natureza eventual e aleatória.

29. Um hipotético argumento da alegada intenção maliciosa do financiador em transfigurar o ator popular num mero executor do contrato de financiamento e dos seus interesses especulativos é improcedente como critério geral de indício de abuso de direito de uma ação popular civil, soldada a um Acordo de Financiamento de contencioso por Terceiros com *success fee*. Para que tal entendimento fosse

⁵² Cfr. PAULO OTERO, *A ação popular: configuração e valor no actual direito português*, cit., pp. 876 e ss.

⁵³ Sobre o risco do financiador e a legitimidade da sua remuneração e a transferência de risco do litigante para o financiador, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Regime da ação popular*, cit., p. 579; INAKI CARRERA, *O Financiamento do Direito Litigioso como Opção de gestão: em particular os non-recourse funding agreements*, “Revista de Direito das Sociedades”, ano X, n.º 4, Coimbra, 2018, p. 691.

precedente caberia provar, em cada caso concreto, que estas características estigmatizam um dado acordo de financiamento de contencioso por terceiros soldado a uma ação popular, não fazendo qualquer sentido fabricar juridicamente, à margem da lei, um critério geral proibicionista e cego.

30. Em síntese, podem existir contratos desta natureza onde exista o desvio de função de um direito fundamental associado a um conluio ou uma manipulação maliciosa do ator popular e do mandatário pelo financiador, o que tornaria inválido o exercício do direito de ação com fundamento no seu abuso. Contudo, esse juízo não é transponível para o instituto da ação popular civil associada a um acordo de financiamento de contencioso por terceiros, considerado em abstrato e para a generalidade das ações populares civis até ao momento intentadas por associações de consumidores, tal como resulta das decisões judiciais que admitiram essas ações.

3.3. Limites extrínsecos ao direito fundamental de ação popular para a defesa dos consumidores

31. Cumpre agora confrontar a figura das ações populares civis financiadas por acordo associado a um *success fee*, com o crivo dos limites extrínsecos ligados aos critérios dogmáticos do instituto civilista do abuso de direito, os quais aqui se aplicam subsidiariamente e com adaptações.

a) Boa-fé

32. Só merecerá censura à luz do critério da boa-fé, um exercício de ação popular civil que viole com evidência e de forma intolerável critérios como o da tutela da confiança e de cânones proibitivos do exercício defeituoso do direito, como o *venire contra factum proprio, tu quoque*, “exercício danoso inútil” e a “desproporção entre a vantagem do titular e o sacrifício imposto por esse exercício a outrem”, sendo que este último merece um destaque no plano do abuso de direito fundamental, na medida em que pode envolver um juízo de proporcionalidade⁵⁴.

Como critério de aferição do abuso de direito, a boa-fé só pode ser chamada à colação em cada ação popular instaurada em concreto e com exame específico do conteúdo do acordo de financiamento de contencioso por terceiros que a

⁵⁴ Cfr. sobre a relação de significado de critérios ilustrativos de violações do princípio, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português – I*, Tomo I, *cit.*, pp. 180 e 200 e ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil-Teoria Geral*, III, *cit.*, pp. 288 e ss.

financie, o que exclui, obviamente, a possibilidade de costurar jurisprudencialmente uma regra geral proibitiva.

b) Moral Pública, ordem pública e bons costumes

33. Já a moral pública e os bons costumes são limites que correspondem a regras éticas aceites pela consciência social dominante. São, no fundo, “preceitos da moral socialmente aceites”⁵⁵. Ora, parece evidente que não se enraizou como critério ético societário dominante na ordem jurídica portuguesa, com o sentido de um dever ser objetivo, o postulado de que os acordos privados de financiamento por terceiros de ações populares constituem um uso imoral deste tipo de direito, sendo escassos ainda os julgamentos de ações populares para a defesa do consumidor nos tribunais portugueses⁵⁶.

Por outro lado, a moralidade, nela incluídos os bons costumes, como medida restritiva geral de direitos fundamentais, é pouco considerada pela doutrina constitucionalista, por força da variação constante dos padrões da moral pública e da difícil viabilidade de convocação de critérios éticos autónomos para se restringir um direito como a ação popular, fundado na dignidade, liberdade, autodeterminação individual e pluralismo. Daí que se entenda, ressalvados casos limite de decência ético-social, que a “lei moral” só deva restringir o exercício de direitos fundamentais de liberdade com expressa autorização constitucional⁵⁷.

34. No que tange em particular à licitude do tipo de remuneração do investidor prevista no Acordo de Financiamento por Terceiros, só em concreto é possível ajuizar se certas remunerações acordadas podem ou não ser consideradas usurárias ou ofensivas da boa-fé, ordem pública e bons costumes, competindo ao tribunal, à luz desses critérios e ao abrigo do Código Civil e do artigo 19.º da Lei do *Private Enforcement*, validar ou invalidar um acordo ou, se for esse o caso, reduzi-lo na parte do clausulado que considerar abusivo.

Em especial a propósito da *quota litis*, recorde-se que não existem na ordem jurídica portuguesa, nem lei nem costume enraizado que a proibam ou censurem

⁵⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil-Teoria Geral*, III, *cit.*, p. 274.

⁵⁶ Sobre as ações populares civis, mormente em matéria de consumo, até ao ano de 2019, vide a relação feita por NUNO SALAZAR CASANOVA/MADALENA AFRA ROSA, *Portugal*, “The Class Actions Law Review”, Fifth Edition, Camila Sanger Ed., Law Business Research Ltd, 2021, p. 165. A média de casos julgados por tribunais de primeira instância seria de 17 por ano.

⁵⁷ JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, *cit.*, p. 496.

eticamente no financiamento por terceiro de ações contenciosas, nem fundamento para uma analogia com o Estatuto da Ordem dos Advogados, face a uma relação jurídica entre entes privados que configura pela sua natureza uma situação distinta⁵⁸.

c) Colisão de direitos

35. Pode, em tese, ser suscitada a ocorrência de uma colisão entre direitos fundamentais⁵⁹ (ou de normas que declaram esses direitos), da qual resulte uma intenção maliciosa do autor popular em causar prejuízos a terceiros mediante a instauração de uma ação financiada por um acordo de financiamento de contencioso por terceiros com *success fee*.

Várias situações críticas podem ser compaginadas.

Assim, caso não existam disposições legais que garantam o ressarcimento preferencial das pessoas lesadas, haveria o risco de o montante da indemnização servir para garantir o lucro correspondente ao investimento do financiador, em percentagens injustificadas e com honorários excessivos dos mandatários. Tal implicaria um claro abuso de direito de ação na medida em que o mesmo seria manipulativamente exercido em prejuízo do direito fundamental dos consumidores ao ressarcimento dos seus prejuízos. O mesmo sucederia se a vantagem indemnizatória da associação, incorporando o *success fee*, redundasse num prejuízo desproporcional para a empresa Ré.

Verifica-se, contudo, que o objetivo medular da ação popular civil, para além da proteção do consumo de bens e serviços, é o do ressarcimento dos consumidores lesados, pelo que o artigo 19.º da Lei do *Private Enforcement*, ao criar um sistema de privilégios creditórios em favor destes últimos, impede que as despesas com o processo, incluída a remuneração do financiador, sejam satisfeitas com o montante da reparação pecuniária, antes de cessado o prazo para os mesmos lesados reclamarem a sua indemnização.

36. Do mesmo modo, a Lei do *Private Enforcement* e a Diretiva por ela transposta proíbem indemnizações excessivas, impõem regras de cálculo centradas no ressarcimento da lesão dos consumidores, razão pela qual a eventual *success fee* não irá agravar a situação patrimonial da empresa Ré, já que a remuneração incide apenas sobre o valor remanescente da indemnização decidida pelo tribunal, respeitante a créditos não reclamados.

⁵⁸ DUARTE GORJÃO HENRIQUES, “*Third Party Funding*” ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal, *cit.*, pp. 615 e ss.

⁵⁹ Sobre a colisão de direitos como limite extrínseco ao exercício de direitos, no plano civilístico, vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil-Teoria Geral*, III, *cit.*, pp. 293 e ss.

37. Pode, ainda, argumentar-se que o abuso de direito fundamental se verificaria quando o mesmo direito é exercido fora do seu âmbito de proteção e em desconformidade com o respetivo fim normativo.

Não é possível, contudo, acompanhar esta linha de raciocínio. Se o exercício de um direito de liberdade, sem contrariar o respetivo fim, prosseguir objetivos lícitos que não sejam objeto de proteção constitucional e legal, o mesmo não resulta ser abusivo, pois o exercício desse direito deve estar na disponibilidade dos titulares quanto aos objetivos que este pretenda atingir⁶⁰, impondo-se o respeito pelo direito ao desenvolvimento da personalidade (n.º 1 do artigo 26.º da Constituição) e da livre iniciativa económica (n.º 1 do artigo 61.º).

Por outro lado, poderia invocar-se a necessidade de um dever especial de proteção do legislador ou do juiz numa relação jurídica privada, a qual se imporia na medida que os titulares de um direito se encontrassem numa posição de tal debilidade que deixassem de estar em condições de o exercer⁶¹. O Tribunal Constitucional português, que é autocontido na invocação do princípio da proibição de insuficiência ou do défice de proteção⁶² chamou-o, por exemplo, à colação no Acórdão n.º 75/2010 (a propósito do dever mínimo de proteção da vida humana intrauterina)⁶³ e no Acórdão n.º 166/2010 (dever mínimo de proteção do direito de propriedade de credores com garantia real em sede de execução fiscal de um bem particular)⁶⁴.

Constata-se, contudo, na base de um critério de evidência, a desnecessidade de intervenção jurisdicional para garantir a proteção do direito de uma das partes ou de terceiros no caso que nos ocupa, dado que, como já se afirmou anteriormente:

- i) O dever de proteção do Estado na ação popular civil verte, em primeiro lugar, sobre o direito de ação das associações representativas dos consumidores lesados, o qual se encontra inatacavelmente previsto na Constituição e reforçado na lei;
- ii) O direito de ação popular das associações de consumidores não desguarnece nem fragiliza os direitos e interesses indemnizatórios dos consumidores lesados, os quais impõem ao Estado um especial dever de proteção, por

⁶⁰ JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, cit., p. 496.

⁶¹ LOTHAR MICHAEL/MARTIN MORLOK, *Direitos Fundamentais*, S. Paulo, 2016, p. 60.

⁶² JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2015, pp. 698 e ss.

⁶³ Processos n.ºs 733/07 e 1186/07, Plenário, de 23.02.2010.

⁶⁴ Processo n.º 1206/2007, 3.ª Secção, de 28.04.2010

força do n.º 3 do artigo 52.º, do n.º 3 do artigo 60.º da Constituição e do artigo 19.º da Lei do *Private Enforcement*;

- iii) A empresa Ré vê garantida pela Lei do *Private Enforcement* que a indemnização a que seja condenada não será calculada pelo tribunal de forma a integrar, necessariamente, a componente remuneratória do financiador.

38. Em conclusão, não existe pertinência na convocação do instituto do dever de proteção estadual no exercício do direito de ação popular, já que não existe risco de lesão ao princípio da proibição de insuficiência para qualquer das partes na salvaguarda desse direito.

3.4. Síntese

39. Não são impressionantes os argumentos convincentes aduzidos em abono do abuso de direito fundamental de ação popular, considerada em abstrato, no caso de uma associação de consumidores vir a instaurar uma ação popular civil com escopo indemnizatório predominante e associada a um Acordo de Financiamento por Terceiros com *success fee*.

Isto sem prejuízo de, em razão de cada tipo concreto de contrato, poderem ser identificados clausulados específicos que afrontem os critérios aqui convocados, de modo a justificar a sua nulidade, total ou parcial, com fundamento em abuso de direito.

Secção III. Conformidade com a Constituição e com o direito europeu de norma legal hipotética que proibisse ou constringesse intensamente acordos de financiamento de contencioso por terceiros para promover ações populares

1. Introdução ao problema

40. Da *soft law* da União Europeia⁶⁵ retira-se a ideia-força de que a larga maioria dos Estados da União não disciplina o regime de financiamento privado

⁶⁵ Cfr. Resolução do Parlamento Europeu, de 2 de fevereiro de 2012, “*Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva*” (2011/2089 (INI) e Recomendação da Comissão Europeia de 11 de junho de 2013 (“*Rumo a um Quadro jurídico horizontal europeu de tutela coletiva*”). Cfr., Ainda a recomendação do Parlamento Europeu à Comissão “*Draft report with Recommendations to the Commission on Responsible Private Funding of Litigation*” de 17-6-2021.

das ações coletivas e ações de tutela de interesses individuais homogêneos, havendo ordenamentos que proscrevem os acordos de financiamento por terceiro (como a Irlanda) e outros que consagram determinadas modalidades contratuais para o efeito (caso da Áustria).

Na própria doutrina que defende a validade dos acordos de financiamento por terceiros existe o entendimento segundo o qual há aspetos do financiamento de ações contenciosas por terceiros que poderiam, com vantagem, ser legalmente disciplinados.

Paula Costa e Silva⁶⁶, depois de citar um documento recente dos serviços de investigação do Parlamento Europeu (“*Responsible Private Funding of Litigation*”, de 2021), o qual propõe no quadro europeu uma regulação do financiamento por terceiro dos custos da ação, como fator de bem-estar e criação de riqueza, admite que os acordos de financiamento por terceiros possam ser, em breve, objeto de regulação pela União Europeia. Regulação que respeitaria a competência dos Estados-membros em acolherem ou não esse tipo de financiamento e, em caso positivo, a possibilidade de observarem um conjunto de critérios⁶⁷.

41. Nas vésperas da transposição da Diretiva n.º 2020/1828, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2020 (ações coletivas tendentes a obter a tutela dos interesses dos consumidores), momento em que este artigo é escrito, importará problematizar a possibilidade, pouco provável, de o legislador poder vir, no futuro, a:

- i) Proibir a ação popular para proteção do consumidor com financiamento por terceiros;
- ii) Restringir, intensa ou severamente, o exercício do mesmo direito de ação, inviabilizando-o na prática em ações de grande complexidade.

42. Uma segunda questão, que depende em parte da ocorrência de uma das duas hipóteses acabadas de enunciar, tange com a hipótese de uma lei nacional proibitiva de ações populares civis financiadas por acordo de financiamento por terceiros com *success fee* poder violar, ou não, o direito da União Europeia.

⁶⁶ PAULA COSTA E SILVA/NUNO TRIGO DOS REIS, *Private Enforcement e Tutela da Concorrência*, cit., p. 105.

⁶⁷ Vide em detalhe PAULA COSTA E SILVA/NUNO TRIGO DOS REIS, *Private Enforcement e Tutela da Concorrência*, cit., p. 105.

2. Das limitações possíveis ao exercício da autonomia contratual privada e de ação popular para defesa do consumidor

43. A restrição legal à liberdade contratual deve fundar-se em razões de “*interesse geral*” (n.º 1 do artigo 61.º da Constituição) que podem ter uma dimensão ligada ao interesse público *hoc sensu* ou à salvaguarda de outros direitos fundamentais em relação aos quais o Estado tenha um dever de proteção.

Do artigo 29.º da DUDH que, como vimos, tem valor constitucional qualificado por força do n.º 2 do artigo 16.º da Constituição (cfr. *supra* §12), retira-se que, no que toca aos direitos de liberdade, tudo o que não é vedado por lei é permitido e também que os limites legais só podem ser estabelecidos para assegurar que o exercício da liberdade não despreste a liberdade dos outros, a moral e a ordem pública.

Atentando no artigo 29.º da DUDH, conjugado com o n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, temos que, de entre os motivos principais de uma eventual proibição dos acordos de financiamento por terceiros em ações populares civis de grande complexidade, seria possível elencar os seguintes:

- i) Perturbação do funcionamento do sistema de Justiça;
- ii) Desproteção dos interesses dos consumidores lesados salvaguardados pela ação popular;
- iii) Razões evidentes de moral pública e bons costumes.

44. Sucede que a Constituição assegura uma proteção “forte” à autonomia individual perante os poderes públicos⁶⁸, com relevo para os direitos de liberdade⁶⁹. Os poderes públicos só podem afetar desfavoravelmente domínios tutelados pelo direito ao desenvolvimento da personalidade e de livre iniciativa privada desde que o façam de forma “condicionada, estreita e rigorosamente vigiada”, com um fundamento material relevante e plausível à luz do princípio da proibição do excesso⁷⁰.

O princípio da proporcionalidade, à luz do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, será o crivo de validade de leis restritivas de direitos que exibem um título forte contra afetações desfavoráveis por atos do Estado.

⁶⁸ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares – Do dever de proteção à proibição do défice*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 151.

⁶⁹ CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso, II, cit.*, pp. 480 e ss.

⁷⁰ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares – Do dever de proteção à proibição do défice, ult. loc cit.*

45. Temos que uma regra proibitiva de todas as ações populares civis financiadas por acordo de financiamento por terceiros com *success fee* operada em nome do bom funcionamento do sistema de Justiça – que é um interesse público constitucionalmente protegido – seria inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade, dado que, em face dos fundamentos invocados pelos críticos, essa proibição:

- i) Violaria o critério da adequação, pois a restrição não seria apta, nem para evitar ações frívolas ou extemporâneas, realidade incompatível com a natureza complexa das ações populares civis em exame; nem para evitar acordos extrajudiciais que o direito regula e o juiz controla; nem para vedar um aumento exponencial de litigância, que não existe por força deste tipo de ações complexas⁷¹;
- ii) Violaria o critério da necessidade, dado que existem vias normativas muito mais eficazes, já existentes ou a criar, para tutelar interesses de ordem pública, de funcionamento dos tribunais e de garantia dos interesses dos lesados, do que uma norma puramente proibitiva⁷².

46. Já uma hipotética proibição, ou uma restrição severa de efeito equiparado que vise a salvaguarda de razões de ordem pública inerentes à transparência do financiamento de uma ação popular e risco de conflitos de interesses entre o financiador, empresa ré, ator popular e mandatário, vulneraria o critério da necessidade, no contexto do princípio da proporcionalidade.

É que os objetivos de transparência e preclusão de conflitos de interesse podem ser atingidos através de meios muito menos sacrificiais e mais eficazes do que uma norma proibitiva. Para tanto basta, nomeadamente, que:

⁷¹ Assim, PAULA COSTA E SILVA/NUNO TRIGO DOS REIS, *Private Enforcement e Tutela da Concorrência*, cit., p. 144; NUNO SALAZAR CASANOVA/MADALENA AFRA ROSA, *Portugal*, “The Class Actions Law Review”, cit., p. 165.

⁷² Caso se pretendesse restringir este tipo de ações populares a situações em que tenha de existir uma prévia declaração da infração, então que se reduza o âmbito material da ação popular civil no n.º 2 do artigo 1.º da Lei do *Private Enforcement* na medida do possível, atento o direito europeu. E caso se pretenda limitar a proposição destas ações para evitar que se convertam em instrumento de pressão de acordos extrajudiciais que prejudiquem os interesses dos lesados, então que se densifique os parâmetros desses acordos, nomeadamente no artigo 11.º da Lei do *Private Enforcement*. Tratam-se de medidas que seriam menos sacrificiais para a liberdade contratual e acesso das associações de defesa de consumidores aos tribunais em ações complexas do que uma regra proibitiva que impediria o exercício destes direitos fundamentais em processos de elevada complexidade.

- i) Se estabeleçam regras de revelação de origem dos fundos ao tribunal e, mediante decisão judicial, à contraparte;
- ii) Se determinem regras em matéria de confidencialidade, com eventual adaptação dos Estatutos da Ordem dos Advogados;
- iii) Se limite razoavelmente o poder do financiador na condução do processo;
- iv) Se estabeleçam regras estritas sobre a completa independência entre financiador e autor popular;
- v) Se densifiquem disposições equilibradas sobre conflitos de interesses entre partes, contrapartes, mandatários e financiador;
- vi) Se sujeite a atividade de financiamento do contencioso a um registo e autorização de atividade baseada em critérios objetivos.

47. Tão pouco pode existir fundamento para a adoção de uma norma proibitiva ou de efeito equivalente desta modalidade de ação popular fundada na necessidade de prevenir, por razões de ordem pública, remunerações usurárias ou desproporcionais do financiador em relações privadas, dado que a lei pode, naturalmente, como alternativa menos sacrificial do que a proibição, vedar certas formas de remuneração e fixar tetos percentuais para a mesma.

No caso acabado de expor, a alternativa da criação legal de limites excessivamente severos à remuneração do financiador que conduzam à impraticabilidade da ação popular civil de grande complexidade, sem que se preveja um meio alternativo de idêntica eficácia na defesa dos direitos dos consumidores em processos de massas, equivaleria a uma norma proibitiva dissimulada. Restrições intensas ao investimento que desidratem a viabilidade das ações populares civis de grande complexidade, ao ponto de lhes retirar qualquer sentido útil, seriam inconstitucionais por violação do critério da adequação e necessidade e poderiam, por isso mesmo, violar o conteúdo nuclear do direito de ação popular, em desconformidade com o n.º 3 do artigo 18.º da Constituição.

48. Seria, de qualquer modo, inconstitucional, por violação do *critério da determinabilidade* (cfr. Acórdão n.º 464/2019 do Tribunal Constitucional⁷³) que se editasse uma regra proibitiva das ações populares civis financiadas por acordos de financiamento por terceiros, na qual se invocasse como fundamento da restrição a tutela de bens jurídicos de objeto pouco definido como o fim da Justiça e o

⁷³ Processo n.º 26/201, Plenário, 18.09.2019. Nos termos do aresto referido é exigível “um fundamento, preciso e determinado na lei limitadora (...) sendo que a ausência de um grau satisfatório dessa determinação pode gerar um défice de fundamentação de uma intervenção restritiva que essa norma procura credenciar suscitando dúvidas de constitucionalidade”.

respeito pela função dos tribunais. A Constituição exige à lei limitadora um fundamento, preciso e determinado o qual, se inexistir, criará um déficit de fundamentação de uma intervenção restritiva.

49. A *proteção de terceiros* poderia ser, em abstrato, o argumento mais forte para uma restrição. A Constituição é inequívoca (n.º 3 do artigo 52.º e n.ºs 1 e 3 do artigo 60.º) na delimitação do âmbito material e pessoal de proteção dos direitos indemnizatórios dos consumidores, ditando que sobre o Estado recai um especial dever de proteção dos mesmos direitos.

Em face do que já foi avançado supra (§ 35 e § 38) e que aqui se repete, semelhante disposição proibitiva violaria o princípio da proporcionalidade na sua *dimensão de adequação*, sendo inapta e ineficaz para garantir o fim da integridade indemnizatória dos consumidores lesados. Com efeito, essa norma seria a causa principal do não preenchimento do fim constitucional do ressarcimento dos lesados, pois desvitalizaria o único meio viável e eficaz que permite esse ressarcimento em ações de elevada complexidade.

Em segundo lugar, essa disposição hipotética afetaria desfavoravelmente, sem fundamento material razoável, o direito de autonomia contratual privada e o direito do acesso à justiça de pessoas com insuficiência económica para suportar custos elevados de processos que envolvem indemnizações individuais de pequeno valor.

Em terceiro lugar, a mesma norma assentaria no falso pressuposto de que a lei vigente não garantiria a integridade indemnizatória, o que não corresponde à verdade, como se verificou.

50. Simultaneamente, a disposição proibitiva ou equivalente em efeitos seria evidentemente *desnecessária* para atingir o referido fim, já que este se encontra salvaguardado pela legislação vigente, nomeadamente pelo n.º 7 do artigo 19.º da Lei do *Private Enforcement*, que cria privilégios creditórios em favor dos lesados e permite que todos possam reclamar os seus créditos, obtendo uma reparação integral dos prejuízos sofridos.

Numa relação comparativa, a opção vigente constante do artigo 19.º da Lei do *Private Enforcement* é não só muito menos onerosa do que a opção de regra proibitiva, mas muito mais eficiente, dado que:

- i) Permite uma salvaguarda mais eficaz do fim reparatório dos consumidores lesados que subjaz ao direito fundamental da ação popular, face a uma norma proibitiva que comprometeria a própria factibilidade da indemnização;

- ii) Garante o acesso ao direito de cidadãos lesados que, caso não recorressem a financiamento de terceiros, não teriam recursos para intentar uma ação popular de elevada complexidade;
- iii) Assegura o efeito dissuasor da violação do direito do consumo por empresas com domínio do mercado;

51. É certo que os interesses concretos dos lesados podem não coincidir com os do autor popular e, também, do financiador⁷⁴, podendo existir, ainda, riscos não acautelados do impacto de uma eventual desistência do financiador sobre a viabilidade da ação popular.

Sucede que quer a lei vigente (artigos 15.º e 16.º da Lei da Acção Popular e artigos 11.º e 19.º da Lei do *Private Enforcement*), quer nova legislação reguladora de conflitos de interesses que acolha critérios já enunciados em *soft law* podem, no respeito pelos critérios da adequação e necessidade e com vantagem sobre opções proibitivas ou excessivamente restritivas, solucionar potenciais conflitos de interesses e riscos de desistência infundada do financiamento.

3. Da desconformidade de uma lei proibitiva da ação popular civil financiada por Acordo de Financiamento por Terceiros com obrigações de resultado determinadas pelo direito da União Europeia

52. Em tese, os Estados-Membros têm liberdade para proibir, regular ou não regular estes contratos ou então, podem remeter no todo ou em parte essa disciplina para a autonomia privada. De qualquer forma em nenhuma disposição dos Tratados ou do direito derivado da União se garante ou salvaguarda a figura do financiamento do contencioso por terceiros.

53. Esta conclusão preliminar não impede que se possa problematizar a compatibilidade de uma eventual norma proibitiva ou severamente restritiva com o direito europeu, no caso de a mesma frustrar obrigações de resultado já determinadas por normas precedentes aprovadas pela União.

Assim, a Diretiva 2014/104/UE, de 26 de Novembro, determina que os Estados-Membros garantam em sede de direito interno que as pessoas que sofram danos causados por infrações ao Direito da Concorrência possam obter, com “efetividade”, a reparação integral desses danos. Tal significa que as medidas de

⁷⁴ PAULA COSTA E SILVA/NUNO TRIGO DOS REIS, *Private Enforcement e Tutela da Concorrência*, cit., pp. 97 e ss.

direito interno deverão ser formuladas ou aplicadas de forma que não se torne excessivamente difícil ou praticamente impossível o exercício do direito à reparação garantido pelo Tratado de Lisboa.

O legislador nacional cumpriu as obrigações fixadas pela Diretiva 2014/104/EU, na medida que, através do artigo 19.º da Lei do *Private Enforcement*, consagrou a ação popular como instrumento privilegiado de defesa dos consumidores.

Ora, no caso de ser aprovada uma lei que proíba ações populares com financiamento de terceiros ou lhes insira restrições tais que tornem praticamente inviável esse financiamento em ações de grande complexidade, parece evidente que a garantia da efetividade de indemnização aos lesados ficaria comprometida. A evidência da violação da obrigação de resultado imposta pela Diretiva resultaria do facto de a norma proibitiva ou restritiva intensa não oferecer nenhum meio alternativo que compensasse com eficácia, os custos da inviabilização pretoriana das ações populares civis com financiamento de terceiro.

54. Semelhante restrição legal, porque excessiva, colocaria o Estado português em incumprimento das obrigações de resultado fixadas pelo Direito Europeu, em violação dos Tratados, da Carta e das obrigações de respeito pelo primado desse direito que decorrem do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição.

Por outro lado, e estando em causa a transposição de uma Diretiva e a restrição legal a um direito que dela consta, aplicar-se-ia pela justiça portuguesa à norma legal interna de escopo proibitivo ou intensamente restritivo, o crivo do princípio da proporcionalidade, tal como se encontra enunciado no n.º 1 do artigo 52.º da Carta, sem prejuízo do disposto no próprio artigo 18.º da Constituição.

III. Observações conclusivas

- I. O presente texto procurou afastar argumentos avançados na doutrina no sentido da inconstitucionalidade do recurso ao Acordo de Financiamento por Terceiros na ordem jurídica portuguesa, como instituto considerado *em abstracto*, bem como a sua invalidade na ordem europeia (salvaguardando a existência de vícios próprios que um Acordo de Financiamento por Terceiros celebrado *em concreto* pode enfermar à luz do Direito Civil e do Direito Comercial).
- II. O Acordo de Financiamento por Terceiros consiste num negócio jurídico privado de natureza contratual, com carácter atípico e inominado, dotado de uma estrutura complexa e portador de um objeto oneroso que envolve

uma remuneração aleatória como contrapartida do financiamento de uma ação contenciosa. Tem como objeto principal financiar uma ação contenciosa de elevada complexidade, cujos custos não se encontram ao alcance nem dos lesados nem das associações de consumidores que os representam, constituindo o único meio viável para garantir o sucesso dessa ação.

- III. A celebração destes contratos é, portanto, condição material quase indispensável para que uma empresa de grandes dimensões que violou o Direito da Concorrência seja condenada a indemnizar os consumidores por ela lesados, garantindo-se um equilíbrio ou “igualdade de armas” no acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva (n.º 4 do artigo 20.º da Constituição) entre a associação que os representa e a referida empresa.
- IV. Relativamente às indagações de natureza jurídico-constitucional que o tema levanta, são fundamentalmente as seguintes: (i) saber se é compatível com a Constituição a celebração de acordos de financiamento de contencioso por terceiros, para possibilitar que associações de consumidores possam promover ações populares indemnizatórias de elevada complexidade, em benefício dos particulares lesados por violação do direito do consumo e da concorrência e (ii) saber se a celebração de tais acordos implica a prática de abuso do direito fundamental de acesso aos tribunais e, especificamente, de abuso do direito de ação popular.
- V. Ao contrário do que é defendido por um setor da doutrina, o contrato outorgado por associações de consumidores na situação descrita não tem como escopo fins exclusivamente patrimoniais, pois permite aos titulares de direitos com insuficiência de meios (a quem a justiça não pode ser denegada por esse facto) o acesso aos tribunais (consagrado no n.º 1 do artigo 20.º da Constituição) para a defesa de interesses difusos ligados ao direito ao consumo (nos termos dos artigos 52.º e 60.º da Constituição). O mesmo tipo de contrato comporta igualmente, sem violar qualquer disposição legal, objetivos lucrativos para o financiador, por via de uma remuneração apenas atribuível em caso de sucesso e de existência de montantes não reclamados pelos lesados.
- VI. Não existindo na Constituição, na lei ou no direito da União Europeia disposições proibitivas da celebração de um contrato com conteúdo oneroso e uma remuneração aleatória, visando o financiamento de ações contenciosas

de defesa de interesses difusos garantidos pelo Direito da Concorrência, bem como a indemnização dos consumidores lesados, haverá que concluir pela sua admissibilidade, *em abstrato*, como instituto jurídico.

- VII. Estas conclusões não obstam a que se examine ainda se:
- (i) O Acordo de Financiamento por Terceiros é instrumento idóneo para financiar uma ação contenciosa específica, como a ação popular civil e se esta, caso se conclua pela inadmissibilidade de um direito de participação política de escopo altruísta ser financiado por semelhante modalidade contratual, não poderá vir a enfermar de vício de abuso de direito fundamental;
 - (ii) Se uma situação específica de abuso de direito num contrato de financiamento de contencioso por terceiro não contaminará uma ação popular civil por ele financiada.
- VIII. Não são impressivos os argumentos convincentes aduzidos em abono do abuso de direito fundamental de ação popular, considerado em abstrato, no caso de uma associação de consumidores vir a instaurar uma ação popular civil com escopo indemnizatório predominante e associada a um Acordo de Financiamento por Terceiros com *success fee*. Isto sem prejuízo de, em razão de cada tipo concreto de contrato, poderem ser identificados clausulados específicos que afrontem os critérios convocados, de modo a justificar a sua nulidade, total ou parcial, com fundamento em abuso de direito.
- IX. É certo que os interesses concretos dos lesados podem não coincidir com os do autor popular e, também, do financiador, podendo existir, ainda, riscos não acautelados do impacto de uma eventual desistência do financiador sobre a viabilidade da ação popular.
- X. Sucede que, quer a lei vigente (artigos 15.º e 16.º da Lei da Acção Popular e artigos 11.º e 19.º da Lei do *Private Enforcement*), quer nova legislação reguladora de conflitos de interesses que acolha critérios já enunciados em *soft law* proveniente da União Europeia podem, no respeito pelos critérios da adequação e necessidade e com vantagem sobre opções proibitivas ou excessivamente restritivas, solucionar potenciais conflitos de interesses e riscos de desistência infundada do financiamento, pelo que não se poderá negar a validade, *em abstrato*, da celebração de acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares civis.