

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXIV

2023

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXIV (2023) 2

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: Fevereiro, 2024

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-21 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **Christian Baldus**
25-38 Tudo podemos... ou: pão integral antes do bolo! Internacionalização da formação jurídica entre política e prática
Wir können alles... oder: Schwarzbrot vor Kuchen! Internationalisierung der Juristenausbildung zwischen Politik und Praxis

- **Jean-Louis Halpérin**
39-60 O direito e as suas histórias
Law and its Histories

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **Alfredo Calderale**
63-118 Carta della foresta e mutamenti economico-sociali in Inghilterra dal XV al XX secolo
The Forest Charter and Socio-economical Changes in England from the XVth to the XXth Century

- **André Mendes Barata**
119-167 O Sistema Europeu de Garantia de Depósitos: perspectivas para a construção do terceiro pilar da União Bancária
The European Deposit Insurance Scheme: perspectives for the construction of the third pillar of the Banking Union

- **Aquilino Paulo Antunes**
169-190 Falhas de abastecimento de medicamentos
Medicines shortages

- **Carlos de Oliveira Coelho**
191-238 Em torno de duas leituras da *lex sane si maris*. Sobre as visões de Grotius e de Serafim de Freitas a respeito da liberdade dos mares
On two readings related to the lex sane si maris. About the views of Grotius and Serafim de Freitas regarding the freedom of the seas

-
- Carlos Sardinha**
239-254 Introdução ao estudo da História da Ciência do Direito Privado na Europa: Alemanha
Introduction to the Study of the History of the Science of Private Law in Europe: Germany
-
- Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais**
255-300 Inventory Proceeding according to the *Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding Act 2012*: still portuguese law?
O processo de inventário de acordo com o Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding Act 2012: ainda direito português?
-
- Daniele Coduti**
301-333 La legge ex art. 116, co. 3, della Costituzione italiana: punto fermo od ostacolo per l'attuazione del regionalismo differenziato?
A lei nos termos do art. 116, par. 3º, da Constituição italiana: ponto fixo ou obstáculo para a implementação do regionalismo diferenciado?
-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto**
335-376 A Constituição Brasileira de 1824 e o fim da *Confederação Brasileira*: efeitos jurídicos da rejeição política de juntar Cabo Verde e Angola ao Brasil
The Brazilian Constitution of 1824 and the end of the Brazilian Confederation: legal effects of the political rejection of joining Cape Verde and Angola to Brazil
-
- Filipe de Arede Nunes**
377-398 A guerra como continuação da política de Estado: o confronto dialético entre Direito e Poder
War as continuation of State politics: the dialectic confrontation between Law and Power
-
- Francesco Astone**
399-416 Contratto, Interpretazione, Pubblica Amministrazione
Contract, Interpretation, Public Administration
-
- Francisco Mendes Correia**
417-466 Responsabilidade e risco nas operações de pagamento não autorizadas
Risk and liability for unauthorised payment transactions

-
- Francisco Rodrigues Rocha**
467-517 Limites de indemnização e capital seguro. Os artigos 508.º do CC e 12.º do RSORCA
Indemnity Limits and Insured Sum. Articles 508 of the Civil Code and 12 of the Compulsory Motor Vehicle Insurance Law
-
- Gabrielle Bezerra Sales Sarlet | Ingo Wolfgang Sarlet**
519-538 Os desafios da implementação do 5G em um cenário de exclusão digital e de hiperconexão e o Estado Democrático de Direito no Brasil
The Challenges of Implementing 5G in a Scenario of Digital Exclusion and Hyperconnectivity and the Democratic Rule of Law in Brazil
-
- Giovanni Damele | Inês Pinheiro**
539-544 Kelsen e a Górgona do poder: uma resposta a Kaufmann
Kelsen and the Gorgon of power: a response to Kaufmann
-
- Glauto Lisboa Melo Junior**
545-573 Navegando por padrões obscuros: uma análise crítica da Lei dos Mercados Digitais (DMA) e da Lei dos Serviços Digitais (DSA) para a proteção dos consumidores *on-line*
Navigating through dark patterns: a critical analysis of the Digital Market Act (DMA) and Digital Services Act (DSA) in protecting consumers online
-
- Inês Ferreira Leite**
575-599 Fundamento e axiologia de um conceito de ação jurídico-penal (a propósito da definição de “o mesmo crime”)
Reasoning and axiology of a universal concept of a legally liable criminal act (about the concept of the “same offense”)
-
- João de Oliveira Gerales**
601-660 Sobre o âmbito e os limites das denominações de origem e das indicações geográficas nas propostas de revisão da regulamentação europeia
On the Scope and Limits of Designations of Origin and Geographical Indications on the Proposals for the Revision of European Regulations
-
- Jorge Reis Novais**
661-722 Financiamento de contencioso por terceiros e Constituição
The Constitution and third-party litigation funding

- **José Maria Cortes**
723-740 Destapar o consultor: os *proxy advisors* e a solução portuguesa
Uncovering the advisor: proxy advisors and the Portuguese solution
- **Luis Satúrio Pires**
741-766 Sobre a (des)proporcionalidade do regime da revogação por ingratidão
About the (dis)proportionality of the ingratitude revocation regime
- **Manuel Barreto Gaspar**
767-802 As Idiossincrasias Jus-Administrativas do Estado Novo Português e do Estado
Fascista Italiano: Breve Jornada pela Evolução Histórica do Direito Administrativo
e pelo Pensamento Jurídico Marcellista – Parte I
*The Jus-Administrative of the Portuguese Estado Novo and the Italian Fascist State: Brief
Journey through the Historical Evolution of Administrative Law and the Marcellista
Juridical Thought – Part I*
- **Pierluigi Chiassoni**
803-822 Dos conceptos de discrecionalidad judicial
Two concepts of judicial discretion

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

- **João Gomes de Almeida**
825-835 Uma ou múltiplas residências habituais do(s) cônjuge(s): comentário ao
Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 25 de novembro de
2021, *IB contra FA*, proc. C-289/20
*One or multiple habitual residences of the spouse(s): annotation on the European Court
of Justice Judgment of 25 November 2021, IB v FA, case C-289/20*

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **Adelaide Menezes Leitão**
839-850 Arguição da tese de doutoramento de José Anchieta da Silva sobre “A posição
dos Credores e a Recuperação da Empresa”
*Discussion of the doctoral thesis presented by José Anchieta da Silva on the subject “Creditors’
position and the recovery of the company”*

José Luís Bonifácio Ramos
851-858 Arguição da tese de doutoramento de Geovana Mendes Baía, “Poderes Instrutórios do Juiz e Negócios Processuais em Matéria de Prova”
Discussion of the Doctoral Thesis of Geovana Mendes Baía, “Poderes Instrutórios do Juiz e Negócios Processuais em Matéria de Prova”

Vitalino Canas
859-890 Arguição da tese de doutoramento de Jorge Manuel da Silva Sampaio sobre “Ponderação e proporcionalidade. Uma teoria analítica do raciocínio constitucional”
Discussion of the PhD exam by Jorge Manuel da Silva Sampaio, on the thesis “Weighting and proportionality. An Analytical Theory of Constitutional Reasoning”

LIVROS & REVISTAS

Adelaide Menezes Leitão
893-900 Recensão à obra *Krisen des fallimento*, de Johannes Heck

Javier Llobet Rodriguez
901-920 Recensão à obra *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, de Kai Ambos

João de Oliveira Geraldes
921-938 Recensão à obra *Causa contractus: Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens/Alla ricerca delle condizioni di efficacia della volontà contrattuale/À la recherche des conditions de l'efficacité de la volonté contractuelle*, (org.) Gregor Albers/Francesco Paolo Patti/Dorothee Perrouin-Verbe

Maria José Capelo
939-957 Recensão à obra *Manual de Processo Civil*, volume I e II, de João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa

Nuno Andrade Pissarra
959-975 Recensão à obra *Römisches Recht*, de Alfred Söllner e Christian Baldus

Financiamento de contencioso por terceiros e Constituição

The Constitution and third-party litigation funding

Jorge Reis Novais^{* **}

Resumo: O objecto principal deste artigo é a contestação dos argumentos de inconstitucionalidade recentemente invocados em Portugal para sustentar a rejeição do recurso ao financiamento de contencioso por terceiros no domínio das acções colectivas representativas de grande complexidade de aplicação impositiva da concorrência e do direito do consumo através de iniciativa privada. Contesta-se, especialmente, a pretensa violação da reserva de lei e da separação de poderes, da ordem pública e da proibição do abuso de direito que, de acordo com aquelas alegações, resultaria da admissibilidade do recurso àquela modalidade de financiamento nas acções populares naquele domínio entretanto interpostas em Portugal.

Palavras-chave: financiamento por terceiros; Direito da concorrência; Direito do consumo; Acções populares; Reserva de lei; Abuso do direito.

Abstract: The main purpose of this article is to challenge the arguments of unconstitutionality recently put forward in Portugal to support the refusal of third-party litigation funding in the area of highly complex representative actions for the protection of competition and consumer interests. In particular, the arguments according to which the alleged violation of the statutory reservation and the separation of powers, the public policy, and the prohibition of abuse of rights would be at stake if such third-party funding would be allowed in recently filed *acções populares* in Portugal are contested.

Keywords: Third party funding; Competition law, Consumer protection law; Representative actions; Statutory reservation; Separation of powers.

Sumário: 1. O financiamento de contencioso por terceiros no caso especial das acções colectivas representativas; 2. A Constituição e o financiamento de contencioso por terceiros; 3. Reserva de lei, Constituição e financiamento de contencioso por terceiros; 4. Conclusões.

^{*} Professor jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

^{**} Baseado em parecer jurídico sobre consulta em que, no essencial, se nos perguntava se a celebração de acordos de financiamento de contencioso por terceiros para promover acções populares indemnizatórias de elevada complexidade é compatível com a Constituição. Estudo terminado em Janeiro de 2023.

1. O financiamento de contencioso por terceiros no caso especial das acções colectivas representativas¹

Designa-se de *financiamento de contencioso por terceiros* a modalidade de contrato *sui generis* em que uma entidade terceira, que não participa nem tem interesse substantivo numa lide judicial, financia as despesas e os custos judiciais de uma das partes, com a contrapartida de uma remuneração que, todavia, só será devida em caso de a parte financiada ter obtido sucesso parcial ou total na acção, independentemente de esse sucesso resultar da respectiva decisão judicial ou de acordo transaccionado durante o processo. Trata-se, ainda, de um financiamento *non-recourse*, no sentido de que não é devida ao financiador qualquer compensação, remuneração ou sequer retorno do montante investido no caso de a decisão judicial vir a ser desfavorável à parte financiada.

No caso das acções colectivas representativas no domínio do direito da concorrência e do consumo – que é o âmbito sobre que incide aqui a nossa atenção – esta modalidade de financiamento, que transfere integralmente para a entidade financiadora, naqueles termos, os custos e riscos da acção interposta pelas associações de consumidores, tem merecido algumas reservas e mesmo objecções de natureza política que apontam para a necessidade da respectiva regulamentação ou mesmo condicionamento e motivam até, embora excepcionalmente, propostas de proibição. Porém, recentemente surgiram entre nós, de forma inédita e singular em termos de direito comparado e da própria reflexão jurídica internacional, objecções de constitucionalidade à admissibilidade deste tipo de financiamento que, naturalmente, a serem acolhidas, forçariam o legislador português a proibir o financiamento de contencioso por terceiros.

Este texto procura, então, responder exclusivamente ao problema da eventual inconstitucionalidade do recurso a esta modalidade de financiamento, considerando a sua especial aplicação no domínio das acções colectivas representativas de *private enforcement* da concorrência.

Para tanto, faremos uma primeira abordagem ao tema, onde, para além de uma definição do financiamento do contencioso por terceiros já tematicamente orientada àquele domínio especial, procuramos elencar e apreciar méritos, riscos, vantagens e inconvenientes que, no plano das opções políticas, designadamente

¹ Utilizaremos frequentemente a expressão *acções colectivas representativas*, a terminologia corrente na literatura internacional, para designar o tipo de acções que, em Portugal, seguindo a *orientação* constitucional e legal, são habitualmente designadas por acções populares, como sejam as acções indemnizatórias interpostas por associações de defesa dos interesses dos consumidores.

de política legislativa, aconselham a respectiva regulamentação, mas que também vêm sendo arrolados e argumentativamente esgrimidos a favor e contra a adopção desta modalidade de financiamento.

Numa segunda parte, entramos no plano da discussão jurídico-constitucional, considerando e apreciando especificamente as objecções que, em Portugal, foram recentemente invocadas contra a admissibilidade do financiamento de contencioso por terceiros no domínio das acções populares indemnizatórias de defesa dos interesses dos consumidores.

A terceira parte concentra-se, desenvolvidamente, nos pontos fundamentais da discussão jurídico-constitucional, designadamente os que convocam as questões da separação de poderes, da reserva de lei e da margem do juiz nacional face à ausência de legislação nacional específica sobre financiamento de contencioso por terceiros.

1.1. Noção, desenvolvimento e justificação do financiamento de contencioso por terceiros

O financiamento do contencioso por terceiros converteu-se, sobretudo nas últimas duas décadas, numa prática em franca expansão, tanto na Europa como globalmente, o que é objectivamente atestável através do número de acções financiadas e do volume dos capitais envolvidos no investimento². Tendo surgido inicialmente na arbitragem comercial internacional, teve simultaneamente um forte desenvolvimento nos litígios judiciais em países de *common law* (na Austrália, Reino Unido, mas também Canadá, Estados Unidos, Índia)³, após o que se generalizou progressivamente aos países de *civil law* na Europa e resto do mundo⁴.

² Cf. SAULNIER/ KORONTHALYOVA/ MÜLLER, “Responsible private funding of litigation”, *European Parliamentary Research Service*, 2021, págs. 3 e segs, págs. 26 e segs; C. PONCIBÒ e E. D’ALESSANDRO, “State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding”, estudo anexo a SAULNIER/ KORONTHALYOVA/ MÜLLER, cit., págs. 49 e segs.

³ Envolvendo, aí, o abandono das doutrinas de *maintenance e champerty* que, tradicionalmente, eram invocadas para justificar a proibição de financiamento da acção por um terceiro. Para a origem remota destas doutrinas e o seu estabelecimento na *common law*, cf., por todos, MAX RADIN, “Maintenance by champerty” in *California Law Review*, 1935, 1, págs. 48 e segs, *maxime*, págs. 65 e segs.

⁴ Cf., por último e por todos, G. M. SOLAS, *Third Party Funding*, Cambridge, 2019, págs. 38 e segs, págs. 83 e segs; U.S. CHAMBER INSTITUT FOR LEGAL REFORM, *Uncharted Waters, an analysis of third party litigation funding in european collective redress*, 2019; C. PONCIBÒ e E. D’ALESSANDRO, “State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding”, cit., págs. 47 e segs, págs. 107 e segs.

Assim, mesmo quando não se encontra especificamente regulado⁵, o financiamento por terceiros é hoje considerado uma prática contratual admissível na generalidade dos países europeus⁶, tendo tido um incremento sensível, sobretudo, depois da crise financeira de 2008 e anos seguintes, quando um aumento potencial da litigância era objectivamente obstaculizado pelas dificuldades de acesso à justiça, num contexto em que a própria crise financeira obrigara a uma redução das ajudas estatais fornecidas para esse fim.

Em ambiente de escassez de disponibilidades financeiras, o financiamento de contencioso por terceiros manifesta uma vitalidade objectivamente sustentada e que explica um sucesso que se pode já considerar irreversível. E isso é assim porque esta modalidade de financiamento corresponde positivamente a uma necessidade objectiva das entidades que, sem o recurso ao financiamento por terceiros, não teriam, pura e simplesmente, acesso à justiça com condições mínimas de êxito, mas também porque apresenta uma utilidade significativa para as entidades que, embora disponham de meios financeiros para acederem aos tribunais, optam estrategicamente por alocar esses meios a outras necessidades ou encontram nesta modalidade de financiamento uma óptima oportunidade de transferência dos riscos da acção sem mobilização de fundos próprios⁷.

Acompanhando a tendência assinalada, a União Europeia vem reconhecendo progressivamente a utilidade e vantagens do financiamento por terceiros, ainda que faça depender o sucesso do instituto da necessidade da respectiva regulação por parte dos Estados-Membros. Vencida alguma desconfiança inicial, designadamente da parte do Parlamento Europeu, o financiamento por terceiros vem a ser progressivamente reconhecido em textos e diplomas emanados das instituições europeias, não sem que se insista, em todo o caso, na necessidade de regulação preventiva contra a sua utilização abusiva.

Essa evolução concretizou-se, em primeiro lugar, na Recomendação da Comissão de 11 de Junho de 2013 (2013/396/UE), sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo Direito da União. Aí se alertava

⁵ Exceptuam-se a Eslovénia e os Países Baixos, onde o instituto tem regulação específica desde, respectivamente, 2017 e 2019.

⁶ Note-se que só se encontra proibido na Irlanda e na Grécia. Em contrapartida, na Suíça, não só a prática é admitida, como o Supremo Tribunal considerou mesmo, em 2004, que uma eventual proibição legal prática do financiamento por terceiros (no caso, da responsabilidade do Cantão de Zurique) seria inconstitucional por afectação excessiva da livre iniciativa económica privada.

⁷ Cf. G. M. SOLAS, *Third Party Funding*, Cambridge, cit., pág. 120.

para a necessidade de definição da disponibilização do financiamento por terceiros no âmbito da tutela colectiva em ordem a prevenir abusos do sistema ou conflitos de interesses⁸. Assim, a Comissão recomendava um conjunto de medidas destinadas a garantir a transparência do financiamento, a prevenção de conflitos de interesses, a solvabilidade do financiador e a exclusiva condução do processo por parte da entidade financiada. Em qualquer caso, ficava implicitamente reconhecida a legitimidade do financiamento do contencioso por uma terceira parte privada, ainda que acompanhada da necessidade de observância daquelas garantias e da possibilidade de intervenção reguladora do tribunal da lide enquanto autoridade pública⁹.

Mais recentemente, a Directiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a acções colectivas para protecção dos interesses dos consumidores, prosseguiu na via da *normalização* do financiamento por terceiros, agora mais especificamente neste tipo de acções, mas sempre com a tónica colocada em dois pontos: por um lado, remete-se para os Estados-Membros a decisão sobre a admissibilidade e a regulação desse tipo de financiamento e, em segundo lugar, pressupondo a admissibilidade, insiste-se na necessidade de regulação que previna a litigância de má fé, que garanta a transparência do financiamento e a inexistência de conflitos de interesse que possam afectar os interesses dos consumidores e a condução integral da acção por parte das entidades representativas, inclusive no que respeite à eventual celebração de acordos com a parte contrária durante a lide¹⁰.

Por último, as reservas iniciais do Parlamento Europeu relativamente ao financiamento de contencioso por terceiros parecem já definitivamente ultrapassadas, como se percebe da recentíssima aprovação da Resolução de 13 de Setembro de 2022 que contém recomendações do Parlamento Europeu à Comissão sobre o que designa por financiamento privado responsável de litígios.

No essencial, esta Resolução insta a Comissão a apresentar uma proposta de directiva que estabeleça normas mínimas comuns a nível da União em matéria de financiamento de litígios de natureza comercial por terceiros, considerando que

“[o] estabelecimento de um regime comum da União que introduza normas mínimas para o financiamento responsável de litígios de natureza comercial por terceiros contribuiria para promover o acesso à justiça e assegurar uma responsabilização adequada das empresas. Com efeito, existe frequentemente um desequilíbrio económico significativo entre as empresas e os cidadãos que procuram obter reparação, podendo

⁸ Cf. ponto 19 dos considerandos.

⁹ Cf. recomendações constantes dos pontos 14 a 16 e do ponto 32.

¹⁰ Cf. ponto 52 dos considerandos e artigo 10.º da Directiva.

o financiamento de litígios por terceiros ajudar a reduzir esse desequilíbrio se os riscos associados forem atenuados e se esse financiamento funcionar em complementaridade com outras medidas de eliminação dos obstáculos ao acesso à justiça. Para o efeito, é fundamental assegurar o equilíbrio indispensável entre a melhoria do acesso dos demandantes à justiça e as garantias adequadas para evitar os litígios abusivos. Um financiamento de litígios por terceiros que seja responsável pode reduzir os custos, torná-los mais previsíveis, simplificar os procedimentos desnecessários e prestar serviços eficientes a custos proporcionais aos montantes contestados”¹¹.

Assim, nesta Resolução do Parlamento Europeu, o financiamento de contencioso por terceiros, quando devidamente regulamentado¹², surge já devidamente valorizado enquanto instrumento de apoio ao acesso à justiça por parte de grupos vulneráveis que são objectivamente marginalizados pelos entraves financeiros correntes, sendo, nessa perspectiva, visto como elemento essencial na garantia do acesso aos tribunais, especialmente no caso das acções colectivas¹³.

Com a consolidação colhida deste *aval* das instituições da União Europeia, o financiamento de contencioso por terceiros encontra um notável espaço de crescimento potencial, tanto nas ordens jurídicas internas dos seus Estados-Membros, como no âmbito transfronteiriço, sobretudo na área das acções colectivas representativas, especialmente nos domínios do direito do consumo, ambiente, concorrência e dados pessoais¹⁴.

¹¹ Cf. considerando 3 da proposta de Directiva anexa à Resolução.

¹² Desde logo, “os contratos de financiamento por terceiros devem sempre assegurar que qualquer concessão seja paga em primeiro lugar ao demandante, ou seja, que o direito do demandante prevaleça sobre o da entidade financiadora. As entidades financiadoras de litígios não devem estar autorizadas a exigir o pagamento prioritário da sua própria retribuição” (cf. considerando 26 da proposta de Directiva anexa à Resolução). Em sentido convergente, “[a]s entidades financiadoras de litígios não devem, em caso algum, reclamar uma recompensa injusta, desproporcionada ou irrazoável a expensas dos demandantes. Os tribunais ou as autoridades administrativas devem estar habilitados a avaliar os acordos de financiamento de litígios por terceiros relevantes para o processo que lhes foi submetido, tendo em conta as circunstâncias e os antecedentes em que o acordo foi celebrado, a fim de determinar de maneira efetiva se é justo e conforme com a presente diretiva e com toda a legislação nacional e da União aplicável” (cf. considerando 25 da proposta de Directiva anexa à Resolução).

¹³ Cf. considerandos C. e D. da Resolução.

¹⁴ A nossa atenção concentrar-se-á preferencialmente neste tipo de acções, ainda que o financiamento de contencioso por terceiros também seja muito utilizado, para além da arbitragem internacional, nas disputas civis e comerciais que envolvem valores muito elevados e a que recorrem empresas que, por qualquer razão, ou não dispõem pura e simplesmente de fundos para litigar ou decidem estrategicamente externalizar os custos de litigância, optando por não desviar fundos próprios para o financiamento das respectivas acções, transferindo o risco para uma entidade terceira.

As razões desse sucesso residem essencialmente no facto de o financiamento por terceiros proporcionar objectivamente, neste domínio, uma convergência virtuosa do interesse público com as vantagens que os particulares buscam na realização dos seus direitos e interesses legítimos.

Na convergência desses interesses, uma efectiva aplicação impositiva¹⁵ das normas europeias de garantia da concorrência e dos direitos dos consumidores deve permitir alcançar, pelo menos, os seguintes objectivos:

- (i) o termo e a erradicação das práticas anticoncorrenciais;
- (ii) a sanção das infracções verificadas;
- (iii) a dissuasão da sua recorrência; e
- (iv) a compensação ou reparação dos danos sofridos pelas vítimas dessas práticas.

Ora, um conjunto tão significativo de objectivos não pode ser adequadamente prosseguido sem a combinação da iniciativa pública e da iniciativa privada, sendo a participação desta última decisiva, desde logo quanto à consecução do objectivo da compensação individual dos particulares lesados, mas também porque, dadas as limitações de efectividade da aplicação impositiva pública, ela não é menos necessária no que respeita à efectiva dissuasão de repetição das condutas ilícitas.

As preocupações com o incentivo à iniciativa privada neste domínio vieram, de resto, a encontrar expressão privilegiada na Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Novembro de 2014¹⁶, depois transposta, entre nós, pela Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho (a chamada lei do *private enforcement*).

¹⁵ Tomamos de empréstimo a tradução de *enforcement* usada por SÉRVULO CORREIA, “Efectividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do Direito da Concorrência através de meios processuais administrativos e civis” in *Escritos de Direito Público*, II, Coimbra, 2019, págs. 569 e segs.

¹⁶ Cf., no considerando 3: “Os artigos 101.º e 102.º do TFUE produzem efeito direto nas relações entre particulares e criam, para as pessoas em causa, direitos e obrigações que os tribunais nacionais devem tutelar. Os tribunais nacionais têm, assim, um papel igualmente essencial na aplicação das regras da concorrência (aplicação privada). Ao decidirem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjetivos decorrentes do direito da União, nomeadamente através da concessão de indemnizações às vítimas de infrações. A plena eficácia dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e, em especial, o efeito prático das proibições neles estabelecidas pressupõem que qualquer pessoa, incluindo consumidores e empresas, ou autoridade pública possam pedir reparação junto dos tribunais nacionais pelos danos sofridos em virtude de uma violação de tais disposições.”

Porém, lidamos aqui, frequentemente, com situações de facto em que práticas ilegítimas anticoncorrenciais e/ou lesivas dos interesses dos consumidores resultam em danos generalizados e massivos de valor global elevadíssimo, mas dispersos, ou seja, em que cada consumidor é directamente prejudicado em montantes relativamente pouco significativos¹⁷.

Ora, nestes casos, o recurso individual dos consumidores à justiça para obterem compensação seria, do seu estrito ponto de vista, irracional, tendo em conta os custos, tempo, esforços e riscos envolvidos e, sobretudo, mesmo na hipótese de a acção ser bem-sucedida, a irrelevância da compensação que viesse, porventura, a ser atribuída. A passividade de reacção que o consumidor *comum* manifesta nessas circunstâncias acaba por ser uma opção justificada, dando origem ao que se vem designando por “*apatia racional*”¹⁸.

A hipótese alternativa de uma acção colectiva construída na base da agregação das potenciais acções individuais e de tramitação colectiva da apensação de processos individuais¹⁹ atenua, de algum modo, as desvantagens e o desinteresse pela acção individual, mas não altera decisivamente o balanço entre benefícios e sacrifícios, tendo em conta, de um lado, os esforços suplementares a cargo dos particulares que tomam a iniciativa de organização da acção e, do outro, a referida ausência de contrapartidas compensadoras em caso de sucesso. Acresce que, mesmo quando a compensação possa ser mais atractiva, o natural egoísmo dos lesados estimula uma atitude de não comprometimento directo na iniciativa, na expectativa de beneficiarem, *a posteriori*, do empenhamento dos participantes activos na acção colectiva. Neste sentido, e independentemente dos benefícios que gera, o mecanismo de auto-exclusão (sistema *opt-out*) que tende a ser futuramente adoptado e que vigora já entre nós²⁰, corresponde a esse comportamento

¹⁷ Cf. G. WAGNER, “Collective redress – categories of loss and legislative options” in *Law Quarterly Review*, Jan. 2011, págs. 62 e segs.

¹⁸ Cf. L. VISSCHER/ M. FAURE, “A law and economics perspective on the EU Directive on representative actions” in *Journal of Consumer Policy*, 2021, pág. 458.

¹⁹ Era, de algum modo, a solução que se saudava na Recomendação de 2013 da Comissão (cf. considerando 9) e se pretendia aprofundar através do reconhecimento das acções colectivas indemnizatórias, mas com desconfianças ou reservas muito marcadas pelos receios de tudo o que pudesse surgir como forma de importação das *class actions* norte-americanas ou pudesse estimular a litigância abusiva. Cf. G. INCHAUSTI, “Hacia um modelo europeu de tutela coletiva?” in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, 2, pág. 1294.

²⁰ Cf. artigo 14.º da Lei da acção popular: “Nos processos de acção popular, o autor representa por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão previsto no artigo seguinte, com as consequências constantes da presente lei”.

típico de *viajar à boleia* (*free riding*), justificando objectivamente a apatia que caracteriza a atitude comum dos consumidores nestas situações de lesão massiva e generalizada dos seus interesses.

Por último, e convergindo no mesmo padrão de passividade natural dos consumidores quanto ao acesso à justiça para obtenção de compensação, desempenha um importante papel a assimetria de informação e de familiaridade com o sistema de justiça que distingue o consumidor comum do seu potencial opositor, tendo em conta que normalmente, nestas situações, o opositor é provavelmente uma grande empresa, multinacional, *frequentadora* habitual da arbitragem e das instâncias judiciais nas mais diferentes latitudes.

Ora, todo este quadro redundante e explica o diminuto papel do *private enforcement* no combate às práticas anticoncorrenciais e lesivas dos interesses dos consumidores, com os consequentes efeitos negativos na ausência de um real impacto dissuasor das práticas ilícitas. Mais do que isso, precisamente por se tratar de uma passividade dos lesados que é racionalmente adoptada, os actuais e potenciais infractores encontram aí, eles próprios, em contrapartida, uma motivação para um *activismo racional* no seu envolvimento em práticas anticoncorrenciais e lesivas dos interesses dos consumidores.

Perante tais obstáculos e dificuldades, a solução que parece desenhar-se nos últimos anos – e que corresponde às mais recentes iniciativas no âmbito da União Europeia²¹ – é a do estímulo e do recurso às acções colectivas representativas em que uma associação ou entidade qualificada de representação de interesses dos consumidores actua em seu nome, não apenas para inibir infracções, o que já era há muito admitido, mas igualmente para obter reparação ou compensação para os lesados.

A acção colectiva representativa é o meio por excelência de superação das consequências negativas da convergência da *apatia racional* dos consumidores, da assimetria de informação e do *free riding* perante situações de violação massiva dos direitos dos consumidores com dispersão dos danos por cada um deles.

²¹ Veja-se, nesse sentido, a referida Directiva 2020/1828, do Parlamento Europeu e do Conselho, especialmente a justificação elencada no considerando 9: “Uma ação coletiva deverá constituir um modo eficaz e eficiente de proteger os interesses coletivos dos consumidores. Deverá permitir que as entidades qualificadas atuem com o propósito de garantir que os profissionais cumprem as disposições aplicáveis do direito da União e ajudem a superar os obstáculos que os consumidores enfrentam no âmbito de ações individuais, nomeadamente os que se prendem com a incerteza sobre os seus direitos e sobre quais os meios processuais disponíveis, a relutância psicológica em avançar com um processo e o saldo negativo entre os custos esperados relativamente aos benefícios das ações individuais.”

É assim, não tanto pelo que a acção colectiva representativa significa enquanto compensação individualizada de cada vítima, mas, sobretudo, pelo papel que pode desempenhar na efectiva observância das leis europeias e nacionais de protecção dos consumidores. De outra forma, sem as acções colectivas representativas, pelas razões apontadas, este tipo de casos nunca chegaria à justiça, provocando, além do mais, uma falha de mercado, já que o custo do enorme dano gerado pelas práticas ilícitas seria remetido para a sociedade no seu conjunto, sem ser internalizado na actividade económica do agente infractor²². Para além de patentear a inadmissibilidade do dano colectivo provocado pelo infractor, os efeitos demolidores das acções colectivas representativas obrigam-no a internalizar os custos dos enormes danos sociais que gerou, permitindo um enorme potencial de dissuasão na reincidência neste tipo de infracções²³ e, conseqüentemente, na protecção do interesse colectivo dos consumidores²⁴.

Porém, não obstante os efeitos positivos potencialmente proporcionados pelas acções colectivas representativas no caso específico da situação típica que nos ocupa – lesão massiva, directa e indirecta, dos interesses dos consumidores em que o elevadíssimo dano global produzido repercute, todavia, de forma pouco significativa e sensível na esfera individual de cada consumidor – permanecem obstáculos insuperáveis no acesso à justiça, agora sobretudo derivados da desigualdade de *armas* ao dispor das partes oponentes face aos enormes custos e despesas requeridos por uma defesa adequada e com hipóteses de sucesso neste tipo de acções judiciais.

Com efeito, e não obstante a importância das ajudas estatais, os custos elevadíssimos inerentes à interposição de acções deste tipo e o risco da necessidade da sua sustentação durante uma litigância muitas vezes intencionalmente prolongada para esse efeito pela parte adversária impedem efectivamente o acesso à justiça das associações de defesa dos consumidores e das entidades qualificadas. Para além do montante das custas e dos riscos de incorrerem no respectivo pagamento, há as despesas elevadíssimas com honorários de mandatários

²² Cf. DE MOT/ FAURE/ VISSCHER, “Third party financing and its alternatives: an economic appraisal” in WILLEM VAN BOOM (ed.), *Litigation, Costs, Financing and Behaviour*, 2017, págs. 31 e segs.

²³ Cf., assim, NUNO SALPICO, “A operacionalidade do *private enforcement* do direito da concorrência – dissuasão, ações coletivas e *third-party litigation funding*” in *Revista de Concorrência e Regulação*, 2021, 45, págs. 107 e segs.

²⁴ Cf. M. IONNADOU, “Compensatory collective redress for low value consumer claims in the EU: a reality check” in *European Review of Private Law*, 6, 2019, págs. 1369 e segs; L. VISSCHER/ M. FAURE, “A law and economics perspective on the EU Directive on representative actions”, págs. 458 e seg, pág. 478.

que possam garantir uma representação adequada²⁵, com peritos e especialistas cuja intervenção é indispensável para a fundamentação do pedido, bem como para a prova do ilícito e do nexo de causalidade entre as práticas ilícitas e os danos sofridos, para a prova e o cálculo de danos directos e indirectos produzidos numa escala massiva, o que pressupõe a realização de complexas análises económicas do mercado antes, durante e após a verificação das práticas danosas ilícitas²⁶. No seu conjunto, estes custos perfazem somas inoportáveis e inacessíveis às associações de defesa dos consumidores. Entre nós, a parca utilização, até há bem pouco tempo, de exercício de acção popular relativa a lesões em massa dos direitos dos consumidores evidencia, pela negativa, a existência praticamente insuperável dessas dificuldades²⁷.

Assim, se o financiamento destas acções permanecesse limitado aos meios tradicionais e à ajuda estatal, subsistiria inalterado o círculo vicioso que tem caracterizado a relação entre Estado, direitos dos consumidores e recorrência da violação das leis que visam a sua protecção e que se traduz na seguinte cadeia aparentemente inquebrável:

- (i) violação dos direitos dos consumidores;
- (ii) apatia racional das vítimas de danos directos e indirectos;
- (iii) incapacidade de representação efectiva por parte das associações representativas dado o risco de incorrerem em custos que não comportam;
- (iv) insuficiências da aplicação impositiva das leis de protecção apenas por iniciativa das entidades públicas (*public enforcement*);
- (v) consequente ausência de dissuasão efetiva na reincidência na infracção;
- (vi) recorrência nas práticas lesivas dos direitos dos consumidores e do interesse público.

É precisamente perante este quadro bloqueador do acesso individual e colectivo à justiça que o recurso ao financiamento de contencioso por terceiros, especialmente aqui considerado no âmbito das acções colectivas representativas, se afirma progressivamente como instrumento capaz de romper aquele círculo. É que, como

²⁵ Cf. L. ROSSI/ S. FERRO, “Private enforcement of competition law in Portugal (II): *actio popularis* – facts, fictions and dreams”, in *Competition and Regulation Quarterly*, 2013, 4, págs. 70 e seg.

²⁶ Cf. a síntese de T. SCHREIBER/ M. SEEGER, “Collective or class actions and claims aggregation in the EU: the claimant’s perspective” in GCR, *Private Litigation Guide*, 3ª ed., 2021.

²⁷ Cf. M. SOUSA FERRO, “Acções populares cíveis em Portugal” in *Revista de Direito Comercial*, 2022, págs. 437 e segs.

diz STEFAAN VOET²⁸, a questão dos custos e do financiamento constitui o coração de qualquer mecanismo de tutela colectiva; sem que o financiamento possa ser assegurado, tudo o mais, independentemente das boas intenções, permanece *letra morta*.

Ora, no domínio das acções colectivas representativas que aqui consideramos, o financiamento do contencioso por terceiros pode ser a *solução* ou, no mínimo, um contributo significativo para a solução.

Do lado dos potenciais financiadores, o investimento na área do contencioso proporciona oportunidades de retorno excepcionalmente atractivas, enquanto, do lado dos financiados, permite o acesso ao direito a entidades privadas e a particulares que, embora tendo sido ilegítimamente lesados nos seus direitos e interesses juridicamente protegidos, não teriam, sem esse financiamento, condições efectivas de acesso à justiça para serem ressarcidos ou compensados. Por último, da parte do interesse público, há objectivamente um alívio das dificuldades financeiras do Estado em satisfazer adequadamente o dever de promoção do acesso à justiça, uma vez que o recurso ao financiamento privado para esse fim constitui uma solução de mercado capaz de suprir parte das lacunas ali existentes. Por outro lado, estimula-se e garante-se, mediante iniciativa privada (*private enforcement*), efectividade à aplicação impositiva das leis de protecção da concorrência e dos direitos e interesses dos consumidores com a inibição da respectiva violação da parte de actuais e potenciais infractores e com os consequentes benefícios para a sociedade no seu todo.

É verdade que este modelo de financiamento não pode ser simplisticamente tomado como panacea para todas as dificuldades de acesso à justiça por parte dos consumidores e das suas associações, uma vez que um potencial financiador não se determina exclusivamente pela justiça e consequentes probabilidades de sucesso da acção. O objectivo económico que essencialmente o move obriga-o a ter em conta o rendimento que pode esperar do investimento e leva-o a relevar outros factores selectivos como sejam o valor da acção e o montante previsível da compensação decidida pelo tribunal ou acordada entre as partes, a solvência e capacidade de pagamento do devedor e a duração provável da lide²⁹.

²⁸ Cf. STEFAAN VOET, “Costs and funding of collective redress proceedings” in A. STADLER/ E. JEULAND/ V. SMITH (eds.), *Collective and Mass Litigation in Europe*, 2020, pág. 264.

²⁹ Cf. C. PONCIBÒ e E. D’ALESSANDRO, “State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding”, págs. 45 e seg. Veja-se o reconhecimento da existência destes condicionamentos no considerando I. da citada Resolução de 13 de Setembro de 2022 do Parlamento Europeu.

Precisamente por isso, porque nem todas as possíveis acções promovidas por entidades representativas e por consumidores individuais são susceptíveis de atrair investimento privado, o Estado não se pode desresponsabilizar do *public enforcement*, bem como das suas obrigações de promoção do acesso à justiça.

Em todo o caso, sempre que seja possível aceder a esta modalidade de financiamento, produzem-se consequências de relevo e significativamente vantajosas no direito de acesso à justiça e aos tribunais, uma vez que só o financiamento por terceiros proporciona:

- (i) uma capacidade financeira ajustada a uma defesa adequada dos interesses dos consumidores numa acção judicial contra opositores poderosos;
- (ii) uma igualdade de *armas* entre as partes, com um nivelamento de um *campo* que, até então, estava significativamente *inclinado* em favor de um dos contendores, isto é, a empresa infractora que jogava, em primeiro lugar, com a apatia racional e a assimetria de informação dos lesados e, em segundo lugar, com a incapacidade de as associações representativas, em caso de interposição da acção, reunirem condições financeiras aptas a sustentar uma defesa efectiva contra litigantes que dispõem de recursos incomparáveis;
- (iii) a transferência dos riscos – dada a inevitável existência de graus variáveis de incerteza no sucesso da acção interposta – da entidade representativa dos consumidores para o terceiro financiador;
- (iv) a possibilidade efectiva de ressarcimento dos lesados e, a prazo, o benefício do interesse público na observância das leis de protecção dos consumidores e o benefício indirecto dos consumidores pelo efeito de dissuasão que decorre da probabilidade de a violação da lei deixar de ser compensadora para os infractores.

Nestes termos, percebe-se o desagrado com que interesses instalados e empresas que beneficiavam habitualmente das infracções ocorridas num contexto de impunidade quase normalizada acolheram o incremento do número de acções viabilizadas pelo financiamento por terceiros, pelo que seria inevitável o surgimento na esfera pública de objecções relativas à respectiva admissibilidade e generalização.

Não deixa, em todo o caso, de ser surpreendente que sejam os réus envolvidos em práticas lesivas da concorrência e dos direitos dos consumidores, e que até agora se sentiam em grande medida praticamente imunes relativamente aos danos provocados, que, como veremos, venham contestar a legitimidade do financiamento

por terceiros alegando, precisamente, os riscos que supostamente correriam os interesses dos consumidores face a um *complexo* constituído entre as suas associações representativas e os seus financiadores³⁰.

É certo que uma boa parte das advertências relativas aos riscos que o financiamento por terceiros abriga têm razão de ser e aconselham uma resposta que aponta para a conveniência e necessidade da respectiva regulação, tal como se propõe, de resto, nas últimas iniciativas oriundas da União Europeia. Todavia, esse tipo de reservas é qualitativamente distinto e não deve ser confundido com objecções pretensamente estruturais sugestivamente orientadas para a defesa da proibição legal deste modelo de financiamento. Trataremos, a seguir, de umas e outras.

1.2. Reservas e objecções à admissibilidade do financiamento do contencioso por terceiros no caso especial das acções colectivas representativas

As reservas e objecções à admissibilidade do financiamento do contencioso por terceiros no caso especial das acções colectivas representativas revestem natureza muito variada e exigem, por isso, uma consideração analiticamente diferenciada, tanto mais quanto as consequências que decorreriam da sua eventual procedência são também de alcance diverso.

Vamos distinguir três tipos de reservas e objecções ao financiamento do contencioso por terceiros, especialmente no domínio que aqui nos ocupa:

- (i) reservas que pressupõem a admissibilidade geral do financiamento de contencioso por terceiros, mas que justificariam uma regulação cautelar preventiva dos riscos envolvidos;
- (ii) objecções estruturais à admissibilidade do financiamento de contencioso por terceiros que aconselhariam a sua proibição por parte do legislador;
- (iii) objecções à existência do financiamento de contencioso por terceiros que, por força da sua pretensa natureza constitucional, imporiam, não apenas a conveniência da não admissibilidade desta modalidade de financiamento, como a obrigatoriedade da sua proibição em quaisquer circunstâncias.

Note-se que estas últimas, as objecções constitucionais, são inéditas, isto é, têm estado completamente ausentes no âmbito do debate público internacional

³⁰ Neste sentido, A. WATSON/ M. DONELLY, “Financing access to justice: third-party litigation funding in Australia” in *Canadian Business Law Journal*, 2014, 1, págs. 23 e seg.

sobre o financiamento de contencioso por terceiros. De resto, e confirmando institucionalmente essa ausência, não há uma qualquer decisão de Tribunais Constitucionais ou de Supremos Tribunais que tenha concluído pela inconstitucionalidade do financiamento de contencioso por terceiros. Porém, surgidas recentemente em Portugal, são elas que constituem o objecto principal deste texto e, daí, o seu tratamento desenvolvido e autónomo.

1.2.1. As reservas à admissibilidade incondicionada do financiamento de contencioso por terceiros

Estas reservas têm uma natureza substancialmente distinta e não confundível com as objecções de que trataremos posteriormente, na medida em que, ao contrário destas últimas, daquelas reservas não decorre a necessidade ou, tão-pouco, a imposição da proibição do financiamento de contencioso por terceiros, mas simplesmente a conveniência da sua regulação.

As preocupações que estão na base desta posição podem ser sintetizadas em necessidades de garantir:

- (i) a transparência nos processos judiciais;
- (ii) a manutenção do controlo do processo por parte do demandante;
- (iii) a prevenção e regulação de conflitos de interesses que possam surgir entre as entidades envolvidas durante o processo;
- (iv) que a compensação que venha a ser arbitrada pelas práticas de violação dos direitos dos consumidores seja prioritariamente atribuída aos lesados.

Assim, no processo judicial, coloca-se, em primeiro lugar, uma exigência de revelação da existência de um acordo de financiamento. Há que assegurar que tanto o tribunal, como a parte demandada tenham pleno conhecimento de que o demandante tem as suas despesas e custas de parte financiadas por um terceiro. De outro modo, o tribunal poderia não assegurar a equidade do processo e não acautelar a protecção devida aos consumidores representados na acção, desde logo no que respeita ao montante da compensação que deve ser globalmente arbitrada. Por sua vez, a parte demandada, na ausência de conhecimento da existência do financiamento, definiria uma estratégia processual desajustada das condições reais em que a lide se desenvolve, designadamente no que se refere à prognose sobre a capacidade financeira do demandante para sustentar a disputa judicial e o seu prolongamento no tempo e à avaliação das eventuais vantagens em anuir numa transacção durante a lide.

Em segundo lugar, o financiamento de contencioso por terceiros reclama que seja assegurado o efectivo controlo e gestão da acção por parte da entidade demandante ao longo de todo o processo, incluindo no que respeita à hipótese de abandono prematuro por parte do financiador, em ordem a garantir que a parte financiada não se veja colocada na impossibilidade de cumprir as respectivas obrigações processuais, designadamente as custas de parte.

Por outro lado, pode suceder que desígnios de obtenção do maior ganho possível no mais curto tempo levem o financiador a ter interesse numa transacção com a parte contrária, a partir do momento em que o montante de compensação a acordar já seja suficiente para assegurar um retorno compensador do investimento feito, ainda que com prejuízo do interesse objectivo no prosseguimento da acção por parte dos lesados.

Assim, este tipo de preocupações aponta para a importância de se garantir, no acordo de financiamento, a independência do autor na tomada de decisões e na condução integral do processo em favor dos lesados e dos consumidores em geral. Releva deste mesmo domínio de potencial tensão entre os interesses dos lesados e os do financiador, a importância em assegurar, como se faz já, de resto, na legislação portuguesa vigente³¹, que todos os lesados que o pretendam recebam a totalidade da compensação que lhes tiver sido atribuída.

Suscita-se ainda, por último, a prevenção e regulação dos potenciais conflitos de interesses que podem surgir da eventual existência de relações inapropriadas entre o financiador, a parte financiada, a parte contrária e as equipas de mandatários judiciais.

Concluindo, e reafirmando, trata-se de um conjunto significativo de reservas e de preocupações pertinentes que, não pondo em causa a importância e as vantagens e a própria indispensabilidade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros, sobretudo no domínio do acesso à justiça por parte dos consumidores e das suas associações representativas, aconselham a respectiva regulação. Essa foi, de resto, a orientação recentemente acolhida pela referida Resolução de 13 de Setembro de 2022 aprovada pelo Parlamento Europeu³².

³¹ Cf. artigo 22.º, n.ºs 4 e 5, da Lei da Acção Popular; artigo 19.º, n.ºs 7 e 8, da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho.

³² Vejam-se, especialmente, as recomendações de regulamentação constantes dos pontos 9 e seguintes.

1.2.2. As objecções à admissibilidade do financiamento de contencioso por terceiros

Com este tipo de objecções – as que põem em causa a própria admissibilidade do financiamento de contencioso por terceiros – situamo-nos já num patamar qualitativamente distinto, na medida em que, com base nelas, se defende a recusa do reconhecimento jurídico daquele modelo de financiamento e/ou delas se faz decorrer a imposição da respectiva proibição legal.

Distinguiremos, em função dessa diferença, dois tipos de objecções com consequências convergentes, mas distintas:

- (i) as objecções de política legislativa que, a serem aceites, levariam o legislador a não reconhecer o financiamento de contencioso por terceiros;
- (ii) as objecções constitucionais, que imporiam a proibição legal do financiamento de contencioso por terceiros.

Tendo em conta que o objecto principal deste texto são as objecções constitucionais, faremos posteriormente o respectivo tratamento desenvolvido, considerando, por ora, apenas as objecções do primeiro tipo.

1.2.2.1. A objecção consequentialista: o financiamento de contencioso por terceiros conduziria ao incremento do número de acções e à multiplicação de acções abusivas ou frívolas

A primeira parte desta objecção é de percepção intuitiva e, embora seja mais difícil e discutível ter uma noção do grau de incremento, parece seguro que o número de acções judiciais aumenta com a disponibilização de financiamento, já que, maior ou menor, há sempre um conjunto de demandas que sem a possibilidade de recurso ao financiamento por terceiros não teriam sido interpostas, seja por absoluta incapacidade para accionar com meios próprios, seja como resultado de um cálculo de custos/benefícios que teria levado os actuais demandantes a optarem por não accionar caso não tivessem acesso a esta modalidade.

Em todo o caso, só desta constatação empírica não é possível concluir sobre a bondade ou o desvalor do incremento, desde logo porque, lidando com o direito fundamental de acesso aos tribunais, e independentemente das necessidades pragmáticas de instituição de alguma filtragem, a possibilidade de melhoria das condições de acesso à justiça é, em princípio, algo positivamente apreciado. Não seria assim, é certo, nos tempos remotos do medievo cristão em que, como diz

Max Radin³³, a litigiosidade era percebida como “vício” (seria preferível sofrer um dano a procurar compensá-lo por via judicial) e o acesso aos tribunais (seculares) era, na melhor das hipóteses, visto como “mal necessário”, o que levou nos países de *common law*, precisamente, à construção das doutrinas da *maintenance* e *champerty*. Não por acaso, o actual e progressivo abandono destas doutrinas corre em paralelo com a normalização do reconhecimento do financiamento de contencioso por terceiros.

É aqui que entra a segunda parte da objecção, no sentido de que, do incremento do número de acções interpostas, resulta tendencialmente um aumento das acções frívolas e, logo, um recurso abusivo à instituição judicial, tanto mais acentuado quanto os demandantes puderam transferir integralmente para um terceiro financiador o risco de terem de vir a suportar os custos de uma acção mal-sucedida. Então, com o desaparecimento de toda e qualquer inibição de litigar, a probabilidade de os consumidores se envolverem abusivamente em litigância frívola aparenta ser a consequência necessária do reconhecimento jurídico do financiamento de contencioso por terceiros.

Porém, esta construção crítica assenta na ignorância de um pressuposto que está na base da lógica de mercado que comanda as decisões de investimento por parte de terceiros: é que, por natureza, o financiamento só é atractivo para as entidades financiadoras se for elevada a probabilidade de a acção ter êxito. Ou seja, o financiamento de acções frívolas e abusivas, contra as quais as diferentes ordens jurídicas já construíram sistemas de filtragem e de sanção – desde logo, através da generalização na Europa da regra segundo a qual quem perde paga as custas, bem como através da previsão do indeferimento liminar especial da petição inicial vigente entre nós e na maioria das jurisdições com acções representativas –, redundaria pura e simplesmente, segundo os termos típicos dos acordos de financiamento por terceiros, na perda total do investimento. Assim, as entidades financiadoras são naturalmente *obrigadas* a considerar as probabilidades de sucesso da acção ou de possibilidade de chegar a um acordo durante a lide, tal como o montante dos custos e despesas com peritos e mandatários judiciais, bem como a própria solvabilidade da parte contrária. Nesse contexto, a hipótese de financiamento de acções frívolas ou abusivas tende a ser nula ou insignificante³⁴.

Com efeito, diferentemente das restantes modalidades tradicionais de financiamento privado das demandas judiciais – como os seguros de protecção jurídica

³³ Cf. “Maintenance by champerty”, cit., págs. 65 e segs. Cf, convergindo, J. LYON, “Revolution in progress: third-party funding of american litigation” in *UCLA Law Review*, 2010, págs. 576 e segs; A. SEBOK, “The inauthentic claim” in *Vanderbilt Law Review*, 2011, 1, págs. 115, 125.

³⁴ Cf., assim, STEFAAN VOET, “Costs and funding of collective redress proceedings”, cit., pág. 267.

ou o mútuo bancário – em que o retorno dos investidores se faz independentemente do êxito da acção, no caso do financiamento do contencioso por terceiros estes só vêem retorno e remuneração para o seu investimento quando a acção é bem-sucedida, ou seja, quando a pretensão apoiada é, em princípio, sustentada pelo sentido da lei em vigor e/ou da prática judicial estabelecida. De outra forma, se a *razão* não estivesse no lado da parte apoiada pelo financiador, o risco por este corrido seria excessivo, dada a improbabilidade de recuperação do montante investido.

No fundo, acaba por ser esse facto de o investimento só se tornar atractivo quando a probabilidade de êxito da acção é comprovadamente elevada – o que ocorre quando a demanda tem um apoio sólido no Direito vigente – que permite a referida convergência do interesse público na realização da justiça com os interesses de financiador e financiado. Como o financiador só tem interesse em “ajudar” quem, apesar de ter *razão*, não dispõe dos fundos necessários para a fazer valer judicialmente, ele colabora involuntariamente na realização da justiça, ainda que movido exclusivamente pela perspectiva de lucro privado. Por sua vez, as entidades privadas obtêm compensação ou ressarcimento que, de outra forma, não obteriam e colaboram igualmente na realização dos fins públicos e no interesse geral dos consumidores, tudo o que, sem o financiamento por parte de uma terceira entidade, não seria viável.

Portanto, é a própria lógica de mercado que filtra e *avaliza* previamente a solidez do fundamento jurídico da acção e o conseqüente mérito da sua propositura, com benefícios evidentes, tanto do ponto de vista do acesso à justiça dos consumidores lesados, quanto do interesse público na dissuasão de práticas anticoncorrenciais e violadoras das leis de protecção dos consumidores.

Por isso, a objecção em análise não tem sentido.

1.2.2.2. A objecção ética: o financiamento de contencioso por terceiros conduziria à corrupção da natureza da justiça

Nesta objecção, de fundo ético, parte-se da ideia ou do preconceito de que o surgimento de um terceiro com interesse no desenlace de um processo judicial, desde que esse terceiro não tenha um interesse substantivo próprio no litígio subjacente, priva a acção da sua genuinidade, da sua autenticidade³⁵. Mais, se essa intervenção for motivada pela obtenção de ganhos financeiros, ela significa mesmo a mercantilização da prestação estatal da justiça, em última análise, a sua corrupção,

³⁵ Cf., contestando, A. SEBOK, “The inauthentic claim”, cit.

na medida em que algo com um valor intrínseco estaria a ser inadmissivelmente instrumentalizado como coisa susceptível de comercialização³⁶.

Nesse sentido, independentemente das consequências sociais positivas que o financiamento de contencioso por terceiros pudesse produzir – desde o acesso à justiça por parte dos consumidores para obtenção de compensação pelos danos sofridos até ao interesse público na dissuasão de comportamentos socialmente nocivos de violação da lei –, a natureza ética da objecção deveria conduzir, numa ordem jurídica assente em valores materiais como é a de um Estado de Direito, à inadmissibilidade do reconhecimento da participação de um terceiro que através da ajuda a uma das partes pudesse obter ganhos financeiros numa acção judicial.

Nesta visão, a justiça seria corrompida quando o processo judicial admitisse qualquer perturbação ou desvio na imagem de um processo judicial em que o juiz, sem influência de pressões exteriores, segura a balança onde coloca o peso das razões invocadas por cada uma das partes na disputa individual e insularizada dos respectivos interesses e decide em conformidade sem intervenção directa ou indirecta de terceiros.

Sendo este o sentido da objecção, faltaria, no entanto, demonstrar que a presença de terceiros movidos por expectativas de ganhos financeiros corrompe, por si mesma, o processo e a prestação da justiça. Ora, não se vê como esse efeito de degradação se possa produzir quando:

- (i) a ajuda financeira se destina a viabilizar o exercício de um direito fundamental que, sem ela, não teria condições de efectivação adequada;
- (ii) tal ajuda é condição fáctica *sine qua non* da possibilidade de obtenção de compensação por danos ilícitos nos interesses e direitos dos consumidores e contributo significativo para a dissuasão na reincidência em práticas e comportamentos ilícitos;
- (iii) a ajuda financeira, desde que não actuando inapropriadamente, não produz quaisquer danos ou efeitos nocivos em interesses legítimos das partes ou no curso adequado do processo judicial;
- (iv) só uma tal ajuda financeira permite, nas circunstâncias concretas em que este tipo de acções ocorre, uma equiparação de armas entre as partes em confronto e as condições reais de garantia de um processo equitativo;
- (v) só com equiparação das *armas* dos contendores e consequente equidade do processo é que os tribunais se podem concentrar exclusivamente na

³⁶ Cf., contestando, W. WENDEL, “Alternative litigation finance and anti-commodification norms” in *DePaul Law Review*, 2014, 2, págs. 666 e segs.

razão jurídica que assiste a cada uma das partes e que a justiça pode ser prestada sem a distorção provocada por factores alheios.

Com efeito, a presença de entidades terceiras que, sem interesse substantivo directo e próprio no resultado da acção, são admitidas à participação no processo ou à ajuda material às partes em disputa está não só na origem do reconhecimento actual das acções colectivas representativas, como é também um dado de facto positivamente reconhecido e favorecido de há muito, no século XX, quando a intervenção *pro bono* de associações de defesa dos direitos humanos, de sindicatos ou de associações empresariais permitiu a prestação efectiva de justiça onde antes, sobretudo quando o Estado não desempenha ou não consegue desempenhar adequadamente uma função promocional, existia iniquidade, reinava a desigualdade de *armas* e mesmo a captura do aparelho judicial pelos ditames da lei do mais forte. A luta contra a discriminação racial nos Estados Unidos da América protagonizada judicialmente por associações de defesa dos direitos humanos é, historicamente, o exemplo mais gritante de como a presença ou a intervenção de *terceiros* pode estar na base e vir a par da realização da justiça.

Essa intervenção de terceiras entidades na realização concreta da justiça não poderia, de algum modo, ser confundida com corrupção ou degradação dos processos judiciais e do funcionamento da instituição judicial, tal como não poderia considerar-se procedente uma alegação afim desqualificadora de todas as restantes possibilidades de financiamento não comercial baseado em relações familiares, de amizade ou até, como hoje é cada vez mais frequente, de simples empatia (vejam-se as iniciativas de *crowd funding*)³⁷.

Não se pode, por último, pretender que é a presença de um interesse financeiro que corrompe a prestação da justiça, na medida em que esta se veria invadida por interesses económicos, seria transformada em mercadoria e dessa mercantilização adviria necessariamente a sua degradação. É que, nesse pressuposto, ou seja, se partíssemos da simples e pura identificação de interesse lucrativo em processo judicial, directo ou indirecto, com corrupção e degradação, independentemente da sua justificação, dos benefícios sociais produzidos e do respectivo interesse para a realização da própria equidade na administração da justiça, as consequências lógicas dessa confusão seriam, pura e simplesmente, intoleráveis.

Assim, teriam de ser igualmente proscritos os restantes meios comerciais de financiamento de há muito ao dispor das partes e pacificamente admitidos, como

³⁷ Cf. S. BEDI/ W. MARRA, “The shadows of litigation finance” in *Vanderbilt Law Review*, 2021, 3, págs. 583 e segs.

os seguros de protecção jurídica ou o mútuo bancário, tal como deveriam ser erradicadas todas as manifestações de penetração de interesses económicos e financeiros nos processos e decisões judiciais e, desde logo, os contratos de cessão de créditos, incluindo do próprio crédito a ser satisfeito na acção independentemente do consentimento do devedor, ou toda e qualquer admissibilidade, condicionada que fosse, de *quota litis* ou de *success fees* ou os próprios honorários dos advogados e de outros profissionais remunerados. Inadmissíveis seriam, também, todos os acordos transaccionais entre as partes durante a lide expressos numa compensação pecuniária, bem como todas e quaisquer *traduções* pecuniárias de compensação por danos em interesses pessoalíssimos correntes no domínio da responsabilidade civil, quando, pelo contrário, aquela tradução pecuniária corresponde e é uma exigência de realização do sentido de justiça³⁸.

2. A Constituição e o financiamento do contencioso por terceiros

O financiamento de contencioso por terceiros, mesmo considerando o caso especial da sua aplicação às acções colectivas representativas, não é, em primeira linha, um tema constitucional. Tem sido, sim, objecto de controvérsia política relativamente aos seus méritos e riscos, vantagens e inconvenientes e, nesse âmbito, a discussão reflecte-se naturalmente em consequências jurídicas no plano da eventual necessidade da sua regulamentação e dos respectivos conteúdo e objectivos. Como se viu, é também para esse plano de regulação ordinária que se orientam as instituições da União Europeia quando enquadram e remetem para os Estados-Membros as decisões a tomar nessa matéria.

No entanto, e na medida em que tal regulamentação incide directamente sobre o conteúdo e sobre o exercício de direitos fundamentais constitucionalmente acolhidos – desde logo, no nosso caso, o direito de acesso à justiça e aos tribunais (artigo 20.º da Constituição), o direito de acção popular (artigo 52.º, n.º 3, da Constituição), o direito dos consumidores à reparação de danos (artigo 60.º, n.º 1) e a livre iniciativa económica privada (artigo 61.º, n.º 1, da Constituição) –, o tema do financiamento de contencioso por terceiros pode adquirir relevância constitucional quando se trate de apurar se uma regulamentação demasiado restritiva ou até proibitiva é constitucionalmente admissível. Ocupar-nos-emos desta questão com desenvolvimento e ela será, seguramente, um tema a considerar quando os legisladores

³⁸ W. WENDEL, “Alternative litigation finance and anti-commodification norms”, cit., págs. 667 e segs, págs. 691 e seg.

nacionais se ocuparem da transposição da directiva sobre o financiamento privado responsável de litígios que, com grande probabilidade, virá a ser aprovada pelas instituições da União Europeia³⁹.

Porém, há ainda, no tema das relações possíveis entre financiamento do contencioso por terceiros e Constituição, uma outra dimensão colocada de uma perspectiva radicalmente distinta e foi precisamente essa outra que foi suscitada entre nós quando, embora inusitadamente quando se tem em conta o sentido das discussões sobre financiamento de contencioso por terceiros travadas nos restantes países, se levantou a improvável dúvida e se sustentou depois a afirmação de que a Constituição portuguesa veda o recurso a este meio de financiamento do acesso à justiça.

Consideraremos, então, enquanto primeiro objecto deste texto, as objecções constitucionais que, entre nós, foram invocadas contra a admissibilidade no nosso ordenamento jurídico do financiamento de contencioso por terceiros. Elas surgiram desenvolvidas em dois pareceres jurídicos⁴⁰ juntos aos autos em sustentação da posição que a *Mastercard Incorporated*, a *Mastercard International Incorporated* e a *Mastercard Europe, SA* defenderam no âmbito de uma acção popular indemnizatória contra elas interposta pela *Ius Omnibus* no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Assinale-se que este tipo de objecções ao financiamento de contencioso por terceiros se coloca num patamar distinto das objecções que até agora apreciámos, uma vez que já não se trata aqui, em caso da sua procedência, de simplesmente aconselhar o legislador a regular ou até a recusar a admissibilidade do financiamento de contencioso por terceiros, mas se faz deduzir da Constituição uma proibição que, por natureza, vincularia todas as entidades públicas em quaisquer circunstâncias e em qualquer tempo. Desde logo, se concluíssemos que a Constituição portuguesa proíbe o financiamento de contencioso por terceiros, tanto o legislador estaria vinculado a concretizar essa proibição, como, em caso de silêncio do legislador, estariam os tribunais obrigados a não reconhecer e invalidar os respectivos acordos.

Porém, não contendo a Constituição portuguesa qualquer enunciado normativo de onde se possa especificamente deduzir a proibição do financiamento de contencioso por terceiros, a suposta proibição constitucional resultaria, segundo as alegações constantes daqueles pareceres, de eventual violação de princípios constitucionais como a reserva de lei, a separação de poderes, o princípio do Estado de Direito, a

³⁹ Cf. a referida Resolução de 13 de Setembro de 2022 do Parlamento Europeu.

⁴⁰ Elaborado um pelo Professor Paulo Otero e outro pelos Professores Gomes Canotilho, Jónatas Machado e Malheiro de Magalhães.

ordem pública, a proibição do abuso de direito, o direito de propriedade ou o direito de acesso aos tribunais.

Ora, estes princípios e direitos não são uma originalidade da Constituição portuguesa, antes constituindo um *acquis* acolhido ou reconhecido em qualquer ordem jurídico-constitucional de Estado de Direito, pelo que, se o financiamento de contencioso por terceiros fosse considerado inconstitucional em Portugal com base naqueles fundamentos, seria normal que tal se tivesse verificado igualmente, pelo menos, em boa parte dos inúmeros países onde esta modalidade de financiamento vem sendo reconhecida, regulada e praticada de forma crescente nas últimas décadas. Mas, não é assim e, tanto quanto pudemos indagar, não há um único caso em que Tribunais Constitucionais ou Supremos Tribunais que fazem justiça constitucional assim tivessem decidido. Há antes, como referimos, pelo menos um caso de conclusão oposta, aquele em que o Supremo Tribunal Federal da Suíça considerou inconstitucional a proibição do financiamento do contencioso por terceiros.

Salientámos devidamente como há, nas diferentes ordens jurídicas em que a questão se coloca, uma discussão doutrinária intensa sobre vantagens e inconvenientes do financiamento de contencioso por terceiros, sobre qual a sua regulação mais adequada, sobre o papel que deve desempenhar no acesso à justiça, mas num quadro de geral reconhecimento da sua admissibilidade e mesmo de reconhecimento da sua indispensabilidade. Nunca a questão se colocou, porém, em termos constitucionais ou de constitucionalidade.

Obviamente, tal não seria razão para que uma argumentação a favor da inconstitucionalidade não pudesse ser acolhida, mas a singularidade assinalada não deixa de surpreender e só não gera maior perplexidade se tivermos em conta a facilidade com que alegações de inconstitucionalidade são esgrimidas entre nós nos processos judiciais, ao que não é seguramente estranho o particular sistema português de fiscalização concreta de constitucionalidade onde, como se sabe – e constitui outra singularidade lusitana – a simples alegação de uma qualquer inconstitucionalidade normativa durante o processo *garante* o prolongamento da lide através de ulterior acesso ao Tribunal Constitucional.

Diga-se, por fim, que as consequências de uma declaração de inconstitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional com os fundamentos ali invocados, e que em seguida vamos apreciar, seriam de uma contundência máxima, fazendo de Portugal um caso único neste domínio. Com efeito, estando em causa a alegada violação de princípios estruturantes como o princípio do Estado de Direito, o princípio da separação de poderes, a ordem pública ou a proibição do abuso do direito, tal significaria que em Portugal, definitivamente, em circunstância alguma o financiamento de contencioso por terceiros poderia alguma vez vir a ser admitido, não apenas porque

o legislador democrático teria sido absolutamente privado de qualquer margem de decisão nesta matéria, como porque a mesma privação seria extensível ao próprio legislador constituinte: é que nem com revisão constitucional aqueles princípios, por serem próprios de Estado de Direito, poderiam vir a ser derogados.

2.1. As objecções de natureza constitucional ao financiamento de contencioso por terceiros suscitadas em Portugal

Independentemente das circunstâncias concretas que acompanharam a interposição da acção popular onde foram apresentados os pareceres referidos contendo as objecções de constitucionalidade, interessa-nos aqui, dado o objecto deste texto, considerar as alegações de inconstitucionalidade susceptíveis de serem invocadas quando numa acção colectiva representativa a parte demandante tem a sua participação no processo financiada com base na celebração de um acordo de financiamento de contencioso com uma entidade terceira.

Em todo o caso, há que ter presente o enquadramento jurídico e fáctico que tem presidido à interposição deste tipo de acções por parte das associações de consumidores, designadamente entre nós. Assim:

- (i) as acções populares em causa são intentadas por uma associação de defesa dos consumidores visando a condenação das Rés na indemnização dos consumidores lesados por uma infracção concorrencial total ou parcialmente declarada por uma autoridade da concorrência;
- (ii) estas acções populares respeitam, *inter alia*, a infracções do(s) artigo(s) 101.º e/ou 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE), e o direito de indemnização dos consumidores que nelas se pretende exercer decorre directamente da ordem jurídica da União Europeia;
- (iii) estas acções populares respeitam a infracções em massa que lesaram cada consumidor num pequeno montante, mas causaram danos globais aos consumidores de dezenas ou centenas de milhões de euros;
- (iv) as acções de indemnização pelas infracções em causa são complexas e a sua prossecução de modo adequado implica a contratação de advogados e economistas especializados e outros peritos, bem como a realização de outras despesas, num total de várias centenas de milhares de euros para cada uma;
- (v) não existe, actualmente, para além da celebração de um acordo de financiamento de contencioso por terceiros, qualquer outra opção

- realisticamente viável, seja pública ou privada, que permita às associações de defesa dos consumidores financiarem as despesas destas acções;
- (vi) sem o acordo de financiamento de contencioso por terceiros, as acções populares em causa não seriam interpostas ou sê-lo-iam sem os recursos financeiros necessários para se garantir o seu sucesso ou a sua prossecução adequada;
 - (vii) o financiador paga todas as despesas do contencioso e não tem direito a reaver qualquer despesa se a acção não tiver sucesso;
 - (viii) a remuneração só é atribuída ao financiador se e na estrita medida em que o Tribunal entenda que esse financiamento e a sua remuneração são aptos, necessários e não são desproporcionais no caso concreto;
 - (ix) a remuneração só pode provir da parte da indemnização global não distribuída, depois de legalmente prescritos os direitos dos consumidores representados, e antes de o remanescente ser entregue ao Ministério da Justiça para apoiar o acesso ao direito e aos tribunais de titulares de direito de acção popular (artigo 22.º, n.ºs 4 e 5, da Lei da Acção Popular; artigo 19.º, n.ºs 7 e 8, da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho).

É, pois, neste contexto e enquadramento que, mesmo tendo em conta os dados referidos, se enunciaram naqueles pareceres jurídicos um conjunto extenso de objecções ao financiamento de contencioso por terceiros mescladas com enumeração de alegadas inconstitucionalidades. Assim, de entre as inúmeras críticas deles constantes, seleccionaremos as que apresentam carácter jurídico e, como as diferentes objecções de constitucionalidade surgem sob terminologia nem sempre coincidente e com os respectivos fundamentos invocados de forma transversal, apresentamo-las a seguir com uma sistematização da nossa responsabilidade e numa enunciação sintetizada, mas abrangendo e incluindo o essencial da argumentação constitucionalmente relevante. A mesma ordenação será globalmente seguida quando, no ponto seguinte, procedermos à apreciação de cada uma destas objecções.

2.1.1. Abuso do direito

A interposição de uma acção judicial por uma entidade representativa dos consumidores com recurso a financiamento por uma terceira entidade constituiria um exercício abusivo, e enquanto tal inadmissível, tanto do direito fundamental de acesso aos tribunais e do direito de acção popular, quanto da liberdade de iniciativa económica privada.

Seria assim porque a acção popular teria sido transformada num instrumento lucrativo no interesse do financiador que seria, afinal, o demandante real; assim,

os acordos de financiamento por terceiros visariam um fim alheio ao direito de acesso à justiça, transformando a actividade dos tribunais em objecto de actos comerciais, com desrespeito da sua função social e da sua dignidade constitucional.

2.1.2. Ordem pública e princípio do Estado de Direito democrático

O princípio do Estado de Direito e a ordem pública estariam a ser violados, em bloco ou respectivamente, seja porque o financiamento de contencioso por terceiros mercantilizaria a realização da justiça e o exercício dos direitos fundamentais, seja porque permitiria ao financiador a obtenção de ganhos desproporcionados.

2.1.3. Direito de propriedade dos lesados

Na medida em que parte da indemnização arbitrada por lesão dos interesses e direitos dos consumidores e a eles destinada seria transferida para a entidade financiadora como contrapartida remuneratória pelo investimento realizado, tal constituiria uma violação do direito de propriedade dos lesados.

2.1.4. Separação de poderes e reserva material de lei

Uma vez que o legislador português ainda não regulou a matéria, qualquer intervenção legitimadora ou reguladora do financiamento de contencioso por terceiros que entretanto os tribunais viessem a adoptar constituiria uma violação do princípio da separação de poderes e do princípio da reserva material de lei.

2. 2. Apreciação das alegações de inconstitucionalidade

Não há na legislação em vigor entre nós – e que seja potencialmente aplicável aos acordos de financiamento de contencioso por terceiros e às acções colectivas representativas no domínio da protecção dos direitos e interesses dos consumidores – qualquer disposição que, de forma directa ou indirecta, de algum modo proíba a celebração daquele tipo de acordos ou proíba a interposição de acções financiadas por essa via.

Da mesma forma, não há cláusula geral ou princípio de Direito civil de onde, no plano geral e abstracto, se possa deduzir aquele mesmo efeito imperativo. Como veremos, as próprias alegações de inconstitucionalidade que entre nós foram sustentadas referem-se exclusivamente à pretensa aplicabilidade das cláusulas da proibição do abuso de direito e da ordem pública enquanto fundamento de

invalidação da concreta acção interposta pela *Ius Omnibus* contra a *Mastercard* e não à invalidação do financiamento de contencioso por terceiros em geral.

Logo, numa ordem jurídica como a nossa, própria de uma sociedade aberta e de um Estado de Direito, a inexistência de tais proibições significa que, não estando esta modalidade de financiamento legalmente vedada e, logo, liminarmente excluída de protecção e de reconhecimento jurídicos⁴¹, os particulares e as entidades privadas que a ela recorram como recurso de financiamento de uma acção colectiva representativa se encontram, à partida, indiscutivelmente, no exercício de direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, os já referidos direito fundamental de acesso à justiça e aos tribunais, o direito fundamental de acção popular, o direito dos consumidores à reparação de danos e o direito fundamental à livre iniciativa económica privada.

Essa conclusão – a de que nos encontramos, em princípio, perante exercício de direitos fundamentais quando uma entidade privada recorre ao financiamento de contencioso por terceiros no âmbito do direito de acesso à justiça – será necessariamente retirada, tanto por quem perfilhe uma concepção radicalmente ampliativa do conteúdo protegido pelos direitos fundamentais (caso da teoria dos direitos fundamentais como princípios de Alexy) e por quem adira a uma concepção ampla, que apenas exclua da protecção jusfundamental o ilícito criminal em sentido material e os comportamentos que em circunstância alguma pudessem ser considerados admissíveis em Estado de Direito (a nossa própria posição), como também por quem perfilhe uma concepção restritiva do âmbito de protecção dos direitos fundamentais, uma vez que, mesmo da parte de quem faz as alegações de inconstitucionalidade que agora consideramos, não são aludidas razões para excluir liminarmente, em geral e abstracto, o reconhecimento jurídico do financiamento de contencioso por terceiros⁴².

Partimos, assim, da constatação de facto e de direito de que, tanto no recurso contratualizado ao financiamento de contencioso por terceiros no domínio de acções colectivas representativas, como na interposição de uma acção popular para defesa dos interesses dos consumidores, estamos perante exercício de direitos fundamentais:

⁴¹ Veremos, posteriormente, que uma proibição geral e abstracta do financiamento de contencioso por terceiros não seria, sequer, compatível com a Constituição.

⁴² Sobre o tema das diferentes concepções sobre o âmbito de protecção dos direitos fundamentais, cf. J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 3ª ed., Lisboa, 2021, págs. 396 e segs; *Limites dos Direitos Fundamentais – Fundamento, Justificação e Controlo*, Coimbra, 2ª ed., 2023, págs. 214 e segs.

- (i) o direito fundamental de acesso à justiça e aos tribunais (artigo 20.º da Constituição) e o direito de acção popular (artigo 52.º, n.º 3, da Constituição), ambos na titularidade da associação de defesa dos consumidores;
- (ii) o direito dos consumidores à reparação de danos (artigo 60.º, n.º 1, da Constituição), na titularidade dos consumidores lesados; e
- (iii) o direito fundamental à livre iniciativa económica privada, concretizado na liberdade de contratar (artigo 61.º, n.º 1, da Constituição), na titularidade da entidade financiadora e da associação de defesa dos consumidores.

Então, nos termos exigidos pelos princípios constitucionais do Estado de Direito, da separação de poderes e da reserva de lei (artigo 2.º e artigo 165º, n.º 1, alínea b), da Constituição), a restrição destes direitos no âmbito de um processo judicial concreto – que ocorreria caso aí fosse recusada, por decisão judicial, a possibilidade de financiamento por terceiros na acção concreta e os respectivos efeitos – só seria constitucionalmente admissível caso o legislador tivesse habilitado o poder judicial a proceder à respectiva intervenção restritiva⁴³; ou seja, tanto a administração quanto o juiz só teriam legitimidade para actuar intervenções restritivas nos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados caso tivessem a necessária permissão legislativa. Admite-se, excepcionalmente, que intervenções restritivas pudessem ainda ocorrer em duas situações de último recurso:

- (i) quando tal fosse indispensável para garantir outros direitos fundamentais que seriam violados sem essa intervenção de protecção;
- (ii) em caso de estado de necessidade ou de urgência, para estrita salvaguarda de bens constitucionais sob ameaça iminente⁴⁴.

Nenhuma dessas excepções se verifica, manifestamente, no caso das acções indemnizatórias como as que aqui apreciamos, isto é, não está em causa a necessidade de protecção de outros direitos fundamentais em risco de violação com a interposição das acções colectivas representativas de defesa dos interesses e direitos dos consumidores,

⁴³ Para a distinção e a relação entre restrição (lei restritiva) e intervenção restritiva em domínio de direitos fundamentais, cf. o nosso *As Restrições...*, cit., págs. 192 e segs, numa conceptualização inaugurada entre nós que foi depois adoptada por GOMES CANOTILHO (cf. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2003, págs. 451, págs. 1265 e seg.) e outra doutrina e jurisprudência constitucionais.

⁴⁴ Cf. J. REIS NOVAIS, *As Restrições...*, cit., págs. 823 e segs; *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, 2ª ed., Coimbra, 2022, págs. 237 e segs.

nem se verifica a estrita necessidade de protecção de bens vitais da comunidade na iminência de lesão por facto daquela interposição. Assim sendo, o apelo à intervenção judicial restritiva nos direitos ao acesso à justiça e aos tribunais, à acção popular e à livre iniciativa económica privada fica, não apenas sem sustentação, como em ostensiva oposição aos princípios constitucionais, na medida em que, sem a necessária habilitação legislativa que actualmente não existe, se traduz, pura e simplesmente, em apelo à violação da reserva de lei e da separação de poderes próprias de Estado de Direito por parte do poder judicial.

Voltaremos, no ponto 3., à apreciação sistematizada e desenvolvida dos problemas de reserva de lei e de separação de poderes relacionados com a admissibilidade constitucional do financiamento de contencioso por terceiros. Mas diremos, desde já, que perante aquele condicionamento inultrapassável, a única possibilidade de conferir alguma legitimidade constitucional à intervenção judicial restritiva que vem reclamada nas objecções que consideramos só poderia ser feita através do recurso à chamada doutrina dos limites imanes dos direitos fundamentais. Nos termos desta teoria, a intervenção judicial limitativa dos direitos fundamentais na presente situação não seria concebida, no caso concreto, como sendo verdadeiramente restritiva – já que, nessa hipótese, seria inconstitucional –, mas sim concebida e qualificada como mera concretização ou revelação dos limites imanes já presentes *ab initio* na delimitação intrínseca do conteúdo daqueles direitos fundamentais (direito de acesso à justiça e aos tribunais, direito de acção popular, direito dos consumidores à reparação de danos e liberdade de iniciativa económica privada).

Ou seja, defender-se-ia, nessa concepção, que já faria parte do conteúdo originário do direito fundamental de acesso à justiça e aos tribunais ou do conteúdo da livre iniciativa económica privada a exigência de que esses direitos não fossem exercidos em violação da proibição de abuso de direito ou em violação da ordem pública. Então, se o juiz da causa proibisse o recurso ao financiamento de contencioso por terceiros com base naqueles fundamentos não estaria, supostamente, a intervir restritivamente no conteúdo desses direitos, mas estaria simplesmente a revelar ou a concretizar os limites intrínsecos ou imanes ao seu próprio conteúdo constitucionalmente protegido. Isto é, as exigências de reserva de lei restritiva como pressuposto constitucionalmente necessário da intervenção judicial seriam dispensadas na situação em apreço porque, pretensamente, a actividade judicial em causa não teria carácter restritivo, mas uma natureza meramente declarativa de limites pré-existentes.

Não por acaso, porém, esta doutrina dos limites imanes, muito em voga nos anos sessenta e setenta do século passado na Alemanha, e entre nós tardiamente até aos anos noventa, é hoje considerada ultrapassada e insusceptível de enquadrar

de forma dogmaticamente adequada o controlo da constitucionalidade dos limites aos direitos fundamentais. É que, no fundo, tal doutrina caucionaria de forma não intersubjectivamente verificável e até arbitrária qualquer intervenção efectivamente restritiva nos direitos fundamentais sem o necessário controlo de constitucionalidade, desde que essa intervenção fosse teoreticamente qualificada como consistindo em revelação ou concretização de limites imanentes dos direitos fundamentais em causa, dispensando, nomeadamente, a autorização prévia do legislador democraticamente legitimado⁴⁵. Tendencialmente, qualquer verdadeira afectação desvantajosa ou restrição de direitos fundamentais poderia ser caucionada através deste artifício teórico.

Diga-se, a propósito, que mesmo o Autor que pode ser considerado o maior defensor, entre nós, desta posição, considera, justamente, que a doutrina dos limites imanentes só não será arbitrariamente abusada se se puder demonstrar que os fundamentos invocados na qualidade de limites imanentes dos direitos fundamentais apresentam, no caso concreto, uma tal evidência de aceitação que se possa concluir, objectivamente, que nunca os direitos fundamentais em causa teriam sido constitucionalmente acolhidos sem a simultânea necessidade de observância de tais limites⁴⁶. Esse seria, conseqüentemente, o requisito indispensável para se poder atribuir à intervenção judicial uma natureza meramente declarativa de uma limitação *ab initio* presente no conteúdo constitucional dos direitos fundamentais em causa.

Ou seja, no caso, a invocação do *abuso de direito* e da *ordem pública* como constituindo limitações ao exercício dos direitos fundamentais em causa só não seria, ela própria, abusiva e inadequada, se se pudesse demonstrar que o conteúdo com que tais cláusulas gerais vêm invocadas apresentam um grau de evidência e de aceitação tais que nunca se poderia conceber que os direitos fundamentais de acesso à justiça e aos tribunais e à livre iniciativa económica privada tivessem sido constitucionalmente acolhidos sem o pressuposto da aceitação e compatibilização das limitações impostas pelo conteúdo reivindicado no caso concreto para aquelas cláusulas gerais.

Veremos, porém, que não é assim, ou seja, que os conteúdos invocados para a proibição de abuso de direito e para a cláusula de ordem pública enquanto fundamentos de inconstitucionalização do financiamento de contencioso por terceiros na situação concreta estão longe de merecer um assentimento sequer mínimo; nunca, definitivamente, estariam dotados de uma aceitação generalizada e pacífica

⁴⁵ Cf. a crítica desenvolvida no nosso *As Restrições...*, cit., págs. 528 e segs.

⁴⁶ Cf., assim, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 6ª ed., 2019, págs. 269 e segs.

que permitisse reconhecer-lhes, de forma indiscutível, a categoria de limites imanentes ao concreto exercício daqueles direitos fundamentais. Basta, para tal concluir, verificar como o financiamento de contencioso por terceiros é admitido e praticado na generalidade das ordens jurídicas democráticas onde também vigoram e são aceites as referidas cláusulas da proibição do abuso de direito e da ordem pública.

Logo, confirmando-se essa incapacidade de poderem funcionar como limites imanentes do conteúdo constitucionalmente reconhecido àqueles direitos fundamentais, e independentemente da questão de saber se o próprio legislador democrático disporia de margem constitucional para o fazer, nunca poderia o poder judicial, sem a necessária habilitação legislativa, intervir de forma materialmente desvantajosa nos direitos fundamentais em causa, já que tal constituiria uma verdadeira intervenção restritiva para a qual o juiz não teria a necessária competência.

2.2.1. A proibição do abuso do direito e a ordem pública como fundamentos de alegações de inconstitucionalidade

Tanto a proibição do abuso do direito quanto a cláusula de ordem pública foram tradicionalmente invocadas na qualidade de limites imanentes dos direitos fundamentais e, apesar de não expressamente assumidas nessa designação nas alegações de inconstitucionalidade que ora apreciamos, essa seria, como se viu atrás, a única sua caracterização que poderia, de algum modo, pretender escapar às exigências de reserva de lei que condicionam as intervenções restritivas nos direitos fundamentais.

Quanto à configuração do sentido preciso da proibição do abuso do direito naquela qualidade de limite imanente ao exercício de direitos fundamentais, permaneceu sempre uma indefinição significativa, podendo, em todo o caso, dizer-se que, para poder valer naquela qualidade, tal proibição não pode ser configurada com um conteúdo vago e amplo, já que, nessa ambição, se frustrariam as exigências de evidência e de aceitação consensual que, como vimos, são um pressuposto do reconhecimento constitucional da própria figura dos limites imanentes e que devem ser particularmente actantes quando se faz a transposição de um instituto nascido e desenvolvido no direito civil, como é o do abuso de direito, para o domínio mais sensível dos direitos fundamentais⁴⁷.

⁴⁷ Cf., assim, G. DÜRIG, “Die Verwirkung von Grundrechten nach Art. 18.º des Grundgesetzes” in *JZ*, 1952, págs. 513 e segs.

Ou seja, o exercício do direito fundamental só seria considerado abusivo, para este efeito, isto é, enquanto limitação geral do exercício de direitos fundamentais que determina a exclusão de protecção jusfundamental aos comportamentos em causa, quando se pudesse concluir, com plena certeza, que em caso algum o legislador constituinte teria admitido conferir protecção ao acesso aos tribunais com recurso a financiamento por terceiros caso pudesse ter configurado essa modalidade de exercício quando consagrou o correspondente direito fundamental.

Da nossa parte, quando há décadas procedemos à abordagem do tema do abuso do direito⁴⁸, distanciámo-nos mesmo da densificação mais comum do instituto segundo a qual existiria abuso quando houvesse *desvio de exercício*, ou seja, sempre que o direito fundamental fosse exercido para fins alheios à *ratio* que presidiu à sua consagração constitucional. E sustentámos essa posição porque

“o recurso ao instituto com base na discrepância entre exercício do direito e a sua *ratio*, interpretada no sentido de que os direitos fundamentais cumprem um fim ou uma função materialmente pré-determinada ou pré-orientada, fica esvaziado, já que, na sociedade pluralista e aberta de Estado de Direito democrático, e a não ser que um sentido restritivo possa ser consensualmente extraído da ordem constitucional ou encontre consagração expressa no texto da Constituição, o sentido, o fim ou a função a prosseguir com o exercício ou o não exercício dos direitos de liberdade, ainda que diversamente valorados e protegidos pela ordem jurídica em termos de identificação de zonas de protecção com força de resistência diferenciada, estão na inteira discricionariedade do seu titular, pelo que não é possível apurar, no caso concreto, quando o exercício de um direito fundamental está a ser desviado do seu pretense fim próprio”⁴⁹.

Ainda assim, como única possibilidade admissível de recurso à figura do abuso do direito enquanto limite imanente dos direitos fundamentais, apenas reconhecíamos existir abuso no exercício de um direito fundamental quando se verificasse um *exercício malicioso*, isto é, um exercício identificável como fraude à lei ou como aproveitamento mal-intencionado da letra da lei para se obterem utilidades ou ganhos alheios aos visados na protecção garantida pelo direito fundamental.

Ora, como facilmente se comprova quando se analisa a situação em apreço, tendo em conta os direitos fundamentais exercidos e os fins visados, em caso algum nela se poderia vislumbrar a existência de abuso derivado de *exercício malicioso* ou

⁴⁸ Cf. *As Restrições...*, cit., págs. 487 e segs.

⁴⁹ Cf. *As Restrições...*, cit., pág. 496.

fraudulento de direito fundamental a partir do momento em que, desde logo, a existência de financiamento por terceiros é revelada com absoluta transparência e se coloca nas mãos do tribunal a gestão da prevenção e controlo da eventualidade de verificação de quaisquer práticas abusivas.

Por outro lado, a própria hipótese de existência de *desvio de exercício* ou de *fim*, mesmo admitindo esse preenchimento de conteúdo excessivamente amplo da cláusula do abuso de direito, não seria objectivamente sustentável nas circunstâncias dos casos-tipo aqui considerados.

Com efeito, quando a associação de defesa dos interesses dos consumidores interpõe a acção visa, a título principal, obter compensação financeira para os consumidores afectados pelas práticas ilícitas lesivas. Como consequência, em caso de a acção ser bem-sucedida, visa provocar um efeito dissuasor de potenciais comportamentos do mesmo teor, por parte daquele infractor ou de outras entidades, o que, a prazo, resulta em benefício de todos os consumidores; por último, participa activamente na aplicação impositiva (*private enforcement*) das leis da concorrência e do direito do consumo, o que resulta em benefício da sociedade no seu conjunto tal como o legislador democrático o concebeu.

Não se vê em quê ou em que medida se pode descortinar aqui um exercício abusivo do direito de acesso à justiça e aos tribunais ou do direito de acção popular para defesa dos interesses dos consumidores, no sentido de exercício malicioso *desviado* dos fins para que aqueles direitos fundamentais foram acolhidos.

Por sua vez, para garantir a viabilidade da interposição da acção com probabilidades de sucesso, e no exercício da liberdade de contratar constitucionalmente sustentada no direito à livre iniciativa económica privada, a associação acorda o financiamento de contencioso com uma entidade financiadora. A associação representativa dos consumidores reúne, dessa forma, os fundos sem os quais não poderia aceder à justiça com probabilidade de êxito, ao mesmo tempo que transfere para o financiador os riscos de um eventual insucesso da acção; por sua vez, a entidade financiadora visa obter um lucro significativo que compense o investimento feito e o risco assumido.

Não se vê, igualmente, como se pode descortinar aqui um exercício *desviado*, por qualquer dos contratantes, do direito fundamental à livre iniciativa económica privada.

É verdade que nas alegações de inconstitucionalidade se invoca a existência de abuso do direito porque, diz-se, na acção popular em causa a demandante real é a entidade financiadora, ficando a acção reduzida a mero instrumento de obtenção de lucros para o financiador, o que mercantiliza a prestação da justiça com desrespeito da sua função social e dignidade constitucional.

Quanto à questão da mercantilização, como já assinalámos, não é sustentável a ideia de que existe degradação institucional e conseqüente inconstitucionalidade sempre que alguém, mesmo que indirectamente, obtém ganhos a partir da prestação estadual da justiça. Tal obrigaria a considerar como constitucionalmente inadmissíveis institutos pacificamente aceites, como o da cessão de créditos, ou, no limite, a própria existência de profissões e actividades jurídicas de natureza privada orientadas à obtenção de proventos.

Mas, no essencial, quanto à alegação de que o financiador é o verdadeiro demandante real, para além de se desconsiderarem todas as circunstâncias reais que presidem à interposição da acção, bem como as principais das suas conseqüências na hipótese de ser bem-sucedida, trata-se, em rigor, de um “argumento” irretorquível, já que se limita a um *processo de intenções* que não é possível contestar racionalmente e, menos ainda, fazê-lo de uma perspectiva jurídica.

Seria algo como pedir a um tribunal que não permitisse a realização da manifestação comemorativa do 1.º de Maio por parte da CGTP por se tratar de um exercício abusivo do direito de manifestação. Porquê abusivo? Pois, simplesmente, com o fundamento de que a CGTP é um instrumento político-sindical do PCP, que seria, no fundo, o real mentor do evento e que este partido insere a iniciativa da manifestação numa estratégia para instalar, a prazo, uma ditadura comunista em Portugal. Haveria algum tribunal que acolhesse a *argumentação* ou, tão só, que visse nesta alegação um argumento jurídico que pudesse fundamentar a proibição da manifestação?

Quanto à cláusula de *ordem pública*, tal como acontecia com a do abuso do direito, também ela só poderia ser invocada como limite imanente ao exercício dos direitos fundamentais nas situações extremas em que um exercício irrestrito colocasse em perigo actual os bens mais valiosos e vitais da comunidade, pois só aí se preencheria o referido pressuposto da evidência⁵⁰. Mas, se a ocorrência dessa eventualidade, grave, fosse plausível, e tendo em conta o desenvolvimento do financiamento de contencioso por terceiros nas últimas décadas, já o legislador teria, de há muito, proibido ou restringido significativamente a actividade.

Como diz criticamente Jorge Miranda⁵¹, “não raro, na experiência histórica, a invocação da ‘ordem pública’ tem sido feita como conceito ou preceito beligerante contra a liberdade”. Mas a *ordem pública* de que aqui falamos, enquanto “conjunto de condições externas necessárias ao regular funcionamento das instituições e ao

⁵⁰ Cf. o nosso *As Restrições...*, cit., págs. 475 e segs.

⁵¹ Cf. JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Coimbra, 2017, pág. 215.

pleno exercício dos direitos”, é a ordem pública de uma sociedade democrática, pelo que as limitações à liberdade que dela decorram têm de ser consideradas exigíveis numa sociedade democrática onde os direitos fundamentais são, eles próprios, elementos constitutivos da *ordem pública*.

Logo, quando a generalidade das ordens jurídico-constitucionais democráticas admite o financiamento de contencioso por terceiros e a própria União Europeia recomenda a sua regulação, esses são indícios suficientemente claros para concluir que a alegação de inconstitucionalidade do financiamento de contencioso por terceiros por pretensa violação da ordem pública não tem plausibilidade.

De resto, considerar haver violação da ordem pública por facto de o lucro da entidade financiadora ser desproporcional e incompatível com a teleologia do direito fundamental em causa, como se faz nas alegações de inconstitucionalidade que aqui consideramos, é, em primeiro lugar, negligenciar totalmente o facto de que, nas circunstâncias concretas destas acções, se remete para o tribunal a decisão sobre os termos da manutenção do lucro a obter pela entidade financiadora dentro das margens do não desproporcionado.

Em segundo lugar, é desvalorizar o facto de que, numa sociedade aberta, é natural que, embora não necessariamente, o móbil no exercício do direito fundamental à livre iniciativa económica privada seja a obtenção do lucro máximo de uma forma lícita. No caso, esse é o objectivo que faz legitimamente mover o interesse contratual da entidade financiadora, ainda que o da associação de consumidores seja a promoção dos interesses representados.

Por último, a avaliação da *proporção* ou da *desproporção* do lucro não pode deixar de ter em conta que a existência de uma perspectiva de lucro significativo é a única forma de contrabalançar a incerteza que deriva da assunção integral dos riscos da acção pelo financiador. Com efeito, há, desde logo, os riscos em que a entidade financiadora incorre quando celebra um acordo *non-recourse*, em que o ganho a obter e o próprio retorno do investimento realizado ficam integralmente dependentes do sucesso da acção. Mas, mesmo em caso de êxito da acção, e sobretudo numa situação em que o financiamento de contencioso por terceiros não se encontra especificamente regulado e em que a contraparte, a associação de defesa dos consumidores não possui, em regra, capacidade financeira bastante, há também os riscos que derivam da dependência de uma decisão judicial que não frustrate o seu direito à contrapartida remuneratória pelo financiamento dos custos da acção.

2.2.2. A pretensa violação do direito de propriedade dos consumidores lesados no financiamento de contencioso por terceiros como fundamento de inconstitucionalidade

Nos termos desta alegação de inconstitucionalidade, o financiamento de contencioso por terceiros constituiria uma violação do direito de propriedade dos lesados, na medida em que parte da compensação financeira que lhes viesse a ser atribuída seria necessariamente *desviada* para remunerar a entidade financiadora da acção.

Tal como já referimos, não deixa de ser irónico que um dos argumentos de inconstitucionalidade invocados contra o financiamento de contencioso por terceiros se faça com base na pretensa violação do direito de propriedade dos lesados. Estranha argumentação: quem lesou a propriedade de milhões de consumidores pretende impedir a acção que os visa compensar porque essa acção, no caso de lhes vir a ser atribuída uma indemnização, diz, traduzir-se-ia em violação do direito de propriedade dos consumidores. Portanto, como os consumidores lesados não receberiam a totalidade da indemnização a que tinham direito pela violação dos seus direitos, o violador pede que não lhes seja atribuída qualquer indemnização. Não tão brilhante, mas quase, como seria uma entidade empregadora que não pagou os salários devidos aos seus trabalhadores, pedir que não seja condenada a pagá-los porque tal violaria... o direito dos trabalhadores à retribuição. Porquê? Porque parte desses salários será afectada ao pagamento dos correspondentes impostos.

Porém, fora esse pormenor pitoresco, não se encontra no argumento maior motivo de interesse, pois, como já se referiu, não há, tendo em conta os moldes como este tipo de acções são configuradas, a menor hipótese de um consumidor ver o seu direito de propriedade lesado por força da remuneração a atribuir à entidade financiadora.

Com efeito, nos termos dos acordos de financiamento de contencioso aqui tratados e da lei em vigor, a remuneração do terceiro financiador só pode provir da parte da indemnização global não reclamada, depois de prescritos os direitos dos consumidores representados, e antes de o remanescente do montante das indemnizações, após o respectivo pagamento aos consumidores lesados, ser entregue ao Ministério da Justiça para apoiar o acesso ao direito e aos tribunais de titulares de direito de acção popular (artigo 22.º, n.ºs 4 e 5, da Lei da Acção Popular; artigo 19.º, n.ºs 7 e 8, da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho).

2.2.3. A pretensa violação do princípio da separação de poderes e da reserva de lei como fundamento de inconstitucionalidade (remissão)

Esta objecção de constitucionalidade – assente na pretensa violação da reserva material de lei em caso de reconhecimento judicial da admissibilidade de acordo de financiamento de contencioso por terceiros e de consequente decisão judicial de afectação à entidade financiadora de parte do montante da indemnização atribuída, em caso de sucesso da acção – peca, no mínimo, por unilateralidade e auto-derrotabilidade, independentemente da sua (falta de) consistência jurídica autónoma.

Ou seja, se a intervenção judicial que acolhesse uma acção sustentada em acordo de financiamento de contencioso por terceiros fosse considerada inconstitucional por falta de lei habilitadora e pela consequente pretensa violação da reserva de lei por parte do juiz, também, com o mesmo fundamento e por maioria de razão, seria inconstitucional a intervenção judicial de rejeição desse acordo, já que também essa intervenção judicial careceria de uma habilitação legal que não existe. E haveria inconstitucionalidade por maioria de razão, já que uma tal intervenção judicial constituiria uma intervenção restritiva em direitos fundamentais e essa natureza restritiva coloca, indiscutivelmente, uma maior exigência de observância da reserva de lei, como resulta da teoria da essencialidade que, todavia, vem arrolada em apoio da objecção de inconstitucionalidade por parte dos que defendem a rejeição judicial da acção.

Ou seja, pretende-se através daquelas alegações, invocando a pretensa violação da reserva de lei, inviabilizar uma intervenção judicial conformadora e concretizadora do exercício de direitos fundamentais com o argumento de que não há lei habilitadora, mas, na mesma situação de ausência de lei prévia, reclama-se uma muito mais gravosa intervenção judicial restritiva do exercício daqueles mesmos direitos fundamentais e já não se vê aí qualquer violação da reserva de lei.

Porém, a questão da reserva de lei é juridicamente relevante e, tanto pela sua importância intrínseca, como pela complexidade que resulta da reciprocidade dilemática assinalada, aconselha o respectivo tratamento no ponto seguinte para onde se remete a discussão específica deste tema.

3. Reserva de lei, Constituição e financiamento de contencioso por terceiros

A ausência de lei específica reguladora do financiamento de contencioso por terceiros é, com as já referidas excepções da Eslovénia e Países Baixos, o panorama geral dos Estados europeus onde, não obstante, esta modalidade de financiamento vem sendo praticada e teve uma franca ascensão nas últimas décadas. Em todo o

caso, se é certo que tal facto comprova facticamente a inconsistência da pretensão de fundamentar a ilicitude do financiamento por terceiros em outros princípios estruturantes de Estado de Direito, a referida ausência de lei pode, ainda assim, suscitar dúvidas pertinentes sobre a margem de acção e sobre os limites de intervenção que, à luz do princípio da separação de poderes, entretanto recaem sobre o poder judicial, *maxime* no que se refere à necessária observância do princípio da reserva de lei.

Porém, apesar da pertinência das dúvidas que se possam suscitar, nunca a questão poderia ser tratada, como acabámos de ver, com a unilateralidade e até o carácter *self-defeating* com que surge nas alegações de inconstitucionalidade que ora apreciamos. Ou seja, não se pode, como ali se faz, invocar a reserva de lei para recusar uma actuação do poder judicial conformadora e concretizadora num contexto de falta de legislação reguladora do exercício de direitos fundamentais que, todavia, são directamente aplicáveis, enquanto, ignorando os ditames dessa mesma reserva de lei, se reclama do mesmo poder judicial uma intervenção restritiva do exercício de direitos fundamentais sem que haja prévia lei restritiva habilitadora de tal intervenção.

Independentemente de se tratar, portanto, colocado naqueles termos, de um argumento que se anula a si mesmo, vamos aqui considerar a questão da eventual inconstitucionalidade por violação do princípio da reserva de lei na complexidade que suscita a sua aplicação ao financiamento de contencioso por terceiros enquanto não for superada a actual situação de ausência de lei que especificamente o regule. Tal abordagem obriga-nos a considerar o problema nas duas possibilidades que se colocam a um poder judicial que, não podendo denegar justiça, tem de lidar com a dificuldade da ausência de uma lei específica reguladora desta modalidade de financiamento.

Consideraremos, assim, uma primeira hipótese em que o juiz da causa reconhece implicitamente a admissibilidade de um acordo de financiamento da acção por parte de um terceiro financiador e, adoptando a orientação que vem sugerida nas mais recentes deliberações das instituições da União Europeia sobre o problema, controla a licitude das condições estabelecidas no acordo concreto que está na base da propositura da acção, incluindo os limites da contrapartida remuneratória pelo investimento realizado que, em caso de sucesso total ou parcial, lhe deve ser destinada, bem como decide da alocação concreta do montante remanescente depois de prescritos os direitos de crédito dos consumidores lesados.

Mas, para além dessa situação, vamos também considerar as questões de constitucionalidade na hipótese em que o juiz rejeitasse a licitude do acordo de financiamento e, consequentemente, mesmo após a prescrição dos direitos de crédito

dos consumidores lesados, não permitisse que, do remanescente a entregar ao Ministério da Justiça, fosse deduzido algum montante a atribuir ao financiador a título de remuneração do seu investimento.

Assim, apreciaremos a margem de intervenção judicial à luz da reserva de lei e da separação de poderes, mas ocupar-nos-emos igualmente, de forma específica, da questão da eventual obrigação constitucional de garantia judicial da efectividade prática do exercício dos direitos fundamentais em causa, designadamente o direito de acesso aos tribunais, o direito de acção popular das associações de defesa dos interesses dos consumidores e o direito dos consumidores à reparação de danos nas situações de acções indemnizatórias de grande complexidade nos casos de lesão massiva e dispersa que os afecte no domínio das leis da concorrência e do direito do consumo.

3.1. Reserva de lei e aplicabilidade directa dos direitos fundamentais

Do ponto de vista da constitucionalidade, há duas constatações de partida indiscutíveis, mas sem cujo reconhecimento prévio o problema agora em apreciação não pode ser devidamente resolvido. Primeira: tanto na celebração do acordo de financiamento, quanto na propositura de uma acção colectiva representativa financiada por terceiros, estamos perante exercício de direitos fundamentais constitucionalmente acolhidos, o direito fundamental à livre iniciativa económica privada (artigo 61.º da Constituição), o direito fundamental de acesso à justiça e aos tribunais (artigo 20.º da Constituição), o direito dos consumidores à reparação de danos (artigo 60.º, n.º 1, da Constituição e o direito fundamental de acção popular (artigo 52.º, n.º 3, da Constituição). Segunda: os direitos fundamentais em causa são, por natureza, directamente aplicáveis e vinculam todas as entidades públicas.

Que se trata de exercício de direitos fundamentais parece evidente e nem mesmo nas alegações de inconstitucionalidade que vimos apreciando se contesta tal assunção. Diz-se, quando muito, que no caso concreto, mas já não quanto ao financiamento de contencioso por terceiros em abstracto, estaríamos perante um exercício abusivo, um exercício contrário à ordem pública, um exercício violador da separação de poderes, mas sempre um exercício ou uma pretensão de exercício de direitos que são, indiscutivelmente, direitos fundamentais constitucionais.

Ou seja, mesmo se o tribunal viesse posteriormente a concluir que estas alegações eram procedentes num particular caso concreto, tal não invalidaria aquele primeiro reconhecimento: o de que, quando duas entidades privadas celebram um acordo de financiamento, estão no exercício da sua liberdade de contratar que é

jusfundamentalmente protegida pelo direito fundamental à livre iniciativa económica privada; o de que, quando um particular ou uma entidade privada recorre aos tribunais para ver reconhecido um seu direito ou para pedir compensação por danos sofridos, está no exercício do direito fundamental de acesso ao direito e aos tribunais e no exercício do direito à reparação de danos, independentemente de a acção ser ou não financiada ou de qual seja a modalidade de financiamento; e o de que, quando uma associação de defesa dos consumidores recorre aos tribunais para requerer a correspondente indemnização para os consumidores lesados, está no exercício do direito fundamental de acção popular.

É certo que, em casos concretos, estes direitos, como quaisquer outros, podem ter de ceder, de ser limitados, comprimidos, mas não desaparece aí, por tal facto, a natureza de exercício de direitos fundamentais. Só numa concepção ultra-restritiva e, como tal, constitucionalmente inadequada⁵², do âmbito de protecção dos direitos fundamentais se poderia considerar que um resultado final desfavorável da lide repercutiria retroactivamente sobre a própria natureza do acto de interposição da acção, que nesse caso perderia, pretensamente, a natureza de exercício do direito fundamental de acesso aos tribunais ou a natureza de exercício de direito fundamental de acção popular.

Ainda que estas considerações, por óbvias, possam parecer irrelevantes, elas são importantes para o desenvolvimento da resolução do problema de fundo, já que, da verificação de estarmos perante exercício de direitos fundamentais, decorre uma segunda constatação: a de que estamos perante normas constitucionais directamente aplicáveis e que vinculam todas as entidades públicas.

Como temos sustentado, esta característica de aplicabilidade directa e de vinculatividade de todas as entidades públicas respeita a todos os direitos fundamentais constitucionais, sem excepção. Não se ignora, porém, que boa parte da doutrina tradicional constitucional portuguesa defende uma concepção singular e única no mundo, segundo a qual esta característica só seria aplicável a uma certa categoria de direitos constitucionais pretensamente privilegiados, os designados por *direitos, liberdades e garantias* e os direitos de *natureza análoga a direitos, liberdades e garantias*. Diga-se, em qualquer caso, que apesar de se tratar de concepção errónea⁵³, já que da sua natureza constitucional e do princípio da tutela plena e efectiva dos direitos fundamentais decorre inelutavelmente, para todos eles, a presença daquelas duas características, a discussão é aqui irrelevante, uma vez que os três direitos fundamentais

⁵² Cf. a demonstração desenvolvida em J. REIS NOVAIS, *As Restrições...*, cit., págs. 396 e segs.

⁵³ Como demonstrámos abundantemente em *Uma Constituição, Dois Sistemas?*, Coimbra, 2020.

em causa acima referidos se integram, sem reservas, mesmo para a doutrina tradicional portuguesa, naquela categoria de direitos fundamentais pretensamente privilegiada.

Fundamental é mesmo, portanto, a conclusão de que os preceitos constitucionais respeitantes àqueles direitos fundamentais são de aplicabilidade directa e vinculam todas as entidades públicas (artigo 18.º, n.º 1, da Constituição), o que tem a máxima importância na questão essencial que agora nos ocupa e que é a da margem de decisão, de conformação e de concretização de que dispõe o poder judicial e a das obrigações que o vinculam numa situação, que é a actual, em que ainda não haja legislação específica reguladora das concretas modalidades de exercício daqueles direitos fundamentais associadas ao financiamento de contencioso por terceiros.

Ora, aplicabilidade directa significa aqui a possibilidade de invocação directa dos preceitos constitucionais independentemente da existência de lei concretizadora ou conformadora do respectivo conteúdo constitucional. No paradigma de Constituição normativa que se desenvolve na Europa no pós-II Guerra, os direitos fundamentais deixam de estar dependentes e à mercê da disponibilidade e das decisões do legislador – como acontecia, em geral, nos Estados de Direito europeus até então – e, ao invés, é o legislador que tem de respeitar e observar os direitos fundamentais a partir do momento em que eles encontram consagração constitucional.

Como dizíamos em texto de 2020⁵⁴,

“[i]sso significa que, desde que a norma constitucional de direitos fundamentais tenha um mínimo de conteúdo interpretativamente determinável, desde que o juiz possa, em consequência, aplicá-la com esse conteúdo sem violação do princípio da separação de poderes, a existência de lei concretizadora ou conformadora, independentemente das vantagens decorrentes da maior densidade normativa que introduz, não condiciona decisivamente a invocabilidade do direito fundamental no interesse do seu titular e a sua aplicabilidade directa. A eventual inércia do legislador não joga em desfavor da efectividade do direito fundamental”.

Em sentido afim, embora recorrendo à referida terminologia da doutrina tradicional, consideram Jorge Miranda/J. Pereira da Silva⁵⁵ que

⁵⁴ Cf. *Uma Constituição, Dois Sistemas?*, cit., pág. 151.

⁵⁵ Cf. JORGE MIRANDA /RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª ed., I, pág. 319 e págs. 321 e seg.

“[p]or princípio, os direitos, liberdades e garantias valem – isto é, conferem, quando é o caso, posições jurídicas subjectivas que os seus titulares podem invocar perante as autoridades públicas e fazer valer em juízo – independentemente de lei ordinária concretizadora, na ausência inadequação ou insuficiência de lei e mesmo contra o próprio texto da lei.

[...]

[N]o que se refere aos aplicadores do direito e aos tribunais em particular, é precisamente nos casos de ausência, insuficiência ou inadequação da lei que a vocação dos preceitos sobre direitos, liberdades e garantias para se aplicarem directamente se torna mais exigente. Cabe-lhes agora, com respeito pelos parâmetros metodológicos da interpretação jurídica e do desenvolvimento jurisprudencial do direito – isto é, portanto, sem invasão dos domínios em absoluto reservados pela Constituição ao legislador democrático –, procurar extrair dos preceitos constitucionais (e de outros lugares da ordem jurídica global) o máximo possível de conteúdo normativo, atendendo ao seu maior ou menor grau de determinabilidade, de modo a tornar possível a sua efectiva aplicação como critério decisório do caso controvertido”.

No mesmo sentido, também para Gomes Canotilho/Vital Moreira⁵⁶,

[os direitos, liberdades e garantias] “aplicam-se sem necessidade de interposição conformadora de outras entidades, designadamente do legislador [...] a aplicabilidade directa transporta, em regra, direitos subjectivos, o que permite (1) invocar as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias na ausência de lei; (2) invocar a invalidade dos actos normativos que, de forma directa, ou mediante interpretação, infrinjam os preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias, impondo-se, assim, na solução dos casos concretos, *contra a lei e em vez da lei*, ou *contra determinada interpretação da lei*”.

Como se depreende destas referências, que são acompanhadas sem reservas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, há uma aceitação consensual de que o exercício dos direitos fundamentais, sempre que for possível determinar interpretativamente um conteúdo aplicável à situação concreta, não depende da prévia existência de lei reguladora, conformadora ou concretizadora dos termos e condições do seu exercício. Não tem, portanto, qualquer sentido ou base constitucional pretender impedir o exercício do direito de acção popular, do direito de acesso aos tribunais, do direito dos consumidores à reparação de danos e do direito à livre

⁵⁶ Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., I, págs. 382 e seg.

iniciativa económica privada com fundamento em violação do princípio da reserva de lei e da separação dos poderes em Estado de Direito por facto da inexistência de lei que regule especificamente o financiamento de contencioso por terceiros.

Em teoria, o tribunal poderia até vir a considerar aquele exercício de direitos fundamentais ilegítimo na situação e nos termos concretos do acordo de financiamento que tivesse sido celebrado, mas nunca com fundamento na violação da reserva de lei. Acolher um tal fundamento corresponderia à repriminção das concepções vigentes na época dos “direitos fundamentais à medida da lei” que vigorou ainda, entre nós, durante todo o regime de 1933, mas que, em geral, na Europa, foi definitivamente ultrapassada com as Constituições normativas aprovadas depois da II Guerra.

Diga-se finalmente que, nestes termos, não só inexistente qualquer constrangimento da margem de conformação e de concretização do concreto exercício daqueles direitos fundamentais de que dispõe o poder judicial que deva lidar com o problema enquanto ainda não existe lei específica reguladora do financiamento de contencioso por terceiros, como há mesmo uma obrigação constitucional de assim proceder, na medida em que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos fundamentais, e naturalmente ao respectivo exercício, vinculam o juiz na qualidade de entidade pública a quem cabe decidir a causa (artigo 18.º, n.º 1, segunda parte).

De resto, em termos práticos, o legislador que venha a regular especificamente o financiamento de contencioso por terceiros não poderá estabelecer condições, requisitos e, sobretudo, incumbências que os tribunais devam observar no controlo da licitude dos acordos de financiamento que sejam muito diferentes daquilo que hoje se entende, pacificamente, como sendo as exigências de transparência, de prevenção de incompatibilidades, de conflitos de interesses e de cláusulas abusivas, bem como da natureza não desproporcionada da remuneração a atribuir ao financiador, que devem ser observadas pelos concretos acordos de financiamento de contencioso, ou seja, no fundo, as que se encontram já identificadas pelas instituições da União Europeia com a consequente remissão das responsabilidades do seu controlo para os tribunais e as autoridades administrativas⁵⁷.

Assim, fica evidente a manifesta falta de consistência constitucional da argumentação que fazia da ausência de lei específica reguladora do financiamento de contencioso por terceiros o fundamento da invocada violação do princípio da separação de poderes e da reserva de lei por parte do poder judicial que, de alguma

⁵⁷ Cf., assim, o capítulo V da proposta de directiva anexa à referida Resolução do Parlamento Europeu de 13 de Setembro de 2022.

forma, admitisse um exercício de direitos fundamentais que contemplasse aquela modalidade de financiamento.

3.2. Necessidade de interpretação das normas em vigor em conformidade à Constituição e aos direitos fundamentais

A aplicabilidade directa dos direitos fundamentais e a vinculação das entidades públicas aos comandos normativos que deles resultam valem, tanto na *ausência de lei*, como na *indeterminação de lei*, mas valem, também, mesmo *contra lei*. Vimos, precisamente, no ponto anterior, que da ausência de lei específica reguladora do financiamento de contencioso por terceiros não decorre qualquer inibição do poder judicial na conformação e concretização de direitos fundamentais que pressuponham essa modalidade de financiamento, incluindo qualquer inibição no controlo do respectivo exercício. Resta, porém, verificar de que forma a existência de normas em vigor, aprovadas sem a consideração específica expressa daquela modalidade de financiamento, mas repercutindo potencial e objectivamente na sua concretização, interfere na margem de conformação judicial do exercício dos direitos fundamentais em causa.

Referimo-nos, mais precisamente, às normas vigentes que, entre nós, regulam as acções colectivas representativas (acções populares) nos domínios do direito da concorrência e do direito do consumo e que tratam especificamente da afectação aos lesados do montante das indemnizações que tiverem sido fixadas no processo.

Assim, nos termos do artigo 22.º, n.ºs 4 e 5, da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, com as actualizações entretanto verificadas (Lei da Acção Popular), o direito de indemnização prescreve no prazo de três anos a contar do trânsito em julgado da sentença que o tiver reconhecido e os montantes correspondentes a direitos não reclamados e que tenham prescrito serão entregues ao Ministério da Justiça; este, por sua vez, deverá afectá-los ao apoio a titulares de direito de acção popular que justificadamente requeiram ajuda no acesso ao direito e aos tribunais.

Ora, na medida em que nos acordos de financiamento se prevê que a remuneração da entidade financiadora provenha da parte da indemnização global não distribuída, depois de legalmente prescritos os direitos dos consumidores representados, e antes de o remanescente ser entregue ao Ministério da Justiça, surge, desde logo, uma dúvida de legalidade quanto à compatibilização entre o que se estabelece na lei e o que resulta dos acordos de financiamento. Com efeito, enquanto que a lei remete o remanescente não reclamado para o Ministério da Justiça, os acordos de financiamento pressupõem a consignação de uma parte desse montante à satisfação da remuneração devida à entidade financiadora.

Essa dúvida aparenta, no entanto, ter sido resolvido através da legislação especial aplicável a este tipo de acções populares.

Assim, no artigo 19.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, estabelece-se, respectivamente, no n.º 7, que “[a]s indemnizações que não sejam reclamadas pelos lesados num prazo razoável fixado pelo juiz da causa [...] são afetas ao pagamento das custas, encargos, honorários e demais despesas incorridos pelo autor por força da acção” e, no n.º 8, que “[a]s indemnizações remanescentes que não sejam pagas em consequência de prescrição ou de impossibilidade de identificação dos respectivos titulares revertem para o Ministério da Justiça, nos termos do n.º 5 do artigo 22.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, na sua redação atual”.

Ainda assim, permanece uma dúvida residual quanto à determinação do sentido e do alcance da expressão *e demais despesas incorridas pelo autor por força da acção*: está ou não aí abrangida a remuneração devida à entidade financiadora como contrapartida pelo financiamento dos custos da acção?

Dir-se-ia que, recorrendo aos cânones clássicos da interpretação jurídica, os dois sentidos interpretativos são comportáveis pelo enunciado normativo e são defensáveis. Não é, porém, a dilucidação da questão de qual a interpretação mais adequada a essa luz que nos ocupa, mas sim a da análise do tema em apreço do ponto de vista da constitucionalidade, isto é, da perspectiva dos comandos, exigências e limites que a Constituição impõe às entidades públicas e, desde logo, ao juiz da causa que tenha de optar por uma das duas interpretações possíveis.

Do ponto de vista da Constituição, se há dois sentidos interpretativos passíveis de serem retirados do enunciado legal, mas se um deles é inconstitucional, então, à luz do princípio da interpretação conforme à Constituição⁵⁸ e aos direitos fundamentais, deve ser acolhido o sentido interpretativo alternativo. Ora, como vamos procurar demonstrar, seria inconstitucional o sentido interpretativo segundo o qual a remuneração devida à entidade financiadora não estaria abrangida pelo enunciado legal *“e demais despesas incorridas pelo autor por força da acção”*.

Esse sentido interpretativo excludente seria inconstitucional por:

- (i) violação do conteúdo essencial do direito fundamental ao acesso à justiça e aos tribunais e do direito fundamental de acção popular;
- (ii) violação do princípio constitucional da proibição do excesso;
- (iii) violação do princípio da efectividade tal como é definido no Direito da União Europeia e deve ser, por força da Constituição, aplicado pelos tribunais nacionais.

⁵⁸ Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., págs. 1226 e seg.

Ora, se concluímos que há inconstitucionalidade com aqueles fundamentos, como pensamos poder demonstrar, se o legislador democrático decidisse aprovar uma proibição do financiamento de contencioso por terceiros com os contornos referidos, os mesmos fundamentos e conclusões de inconstitucionalidade seriam invocáveis contra eventuais decisões do mesmo teor que fossem eventualmente tomadas pela administração ou pelo poder judicial na ausência de lei proibitiva habilitadora dessas decisões. E seriam invocáveis por maioria de razão, já que os fundamentos da referida inconstitucionalidade material se verificariam indiferentemente, por natureza, qualquer que fosse o ramo do poder público que eventualmente as adoptasse, como ainda, no que se refere a administração e poder judicial, na ausência de lei habilitadora, haveria ainda inconstitucionalidade orgânica e material por violação do princípio da separação de poderes e da reserva de lei restritiva de direitos fundamentais.

3.2.1. O legislador não poderia ter aprovado a norma constante do artigo 19.º, n.º 7, da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, com um sentido interpretativo que violasse o conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Nas acções populares de defesa dos consumidores financiadas por terceiros, não incluir a remuneração devida à entidade financiadora no conteúdo de protecção da norma constante do artigo 19.º, n.º 7, da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, traduzir-se-ia, em termos práticos, em rejeitar a viabilidade fáctica dos respectivos acordos de financiamento, uma vez que a associação autora da acção popular ficaria impossibilitada de cumprir as obrigações de remuneração da entidade financiadora neles prevista, o que equivaleria, nesta área, aos efeitos de uma proibição desta modalidade de financiamento.

Porém, esta invalidação dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros, de efeitos equivalentes aos de uma proibição legal, teria como resultado a impossibilidade objectiva de interposição de acções populares complexas de defesa dos interesses dos consumidores com um mínimo de possibilidades de sucesso, pois, como se viu, pelos elevadíssimos custos e riscos envolvidos, o financiamento de contencioso por terceiros é a única forma de viabilização deste tipo de acções indemnizatórias de *private enforcement* nos casos complexos de lesão massiva e dispersa dos interesses dos consumidores no domínio das leis da concorrência e do direito do consumo.

Sem financiamento por terceiros, as associações representativas dos interesses dos consumidores não têm condições de litigar, sobretudo quando do outro lado se encontram empresas poderosas, *utilizadoras habituais* do sistema de justiça, com

recursos humanos e financeiros capazes de complexificar e prolongar indefinidamente os processos e dissuadir, dessa forma, eventuais demandantes.

Não por acaso se verifica, nestes domínios, por parte das grandes empresas arguidas e condenadas por violação das leis da concorrência e dos direitos dos consumidores, a tentativa derradeira de inviabilizar o recurso ao financiamento de contencioso por terceiros nas acções colectivas representativas, mesmo que para tanto tenham de recorrer, como sucede com a argumentação em apreço, a uma narrativa improvável e inconsistente sobre a pretensa inconstitucionalidade desta modalidade de financiamento. Obviamente, fazem-no porque uma hipótese, mesmo que remota, de acolhimento judicial dessa argumentação equivaleria, em termos práticos, a uma impossibilidade de serem demandadas em acções colectivas representativas. No fundo, uma proibição do financiamento de contencioso por terceiros ou outra solução de efeitos análogos constituiria, para tais litigantes, uma garantia de *imunidade* contra a iniciativa privada de aplicação impositiva do direito da concorrência e do consumo.

Ou seja, o direito de acesso à justiça e aos tribunais continuaria plena e formalmente reconhecido nas Constituições e nas declarações de direitos, mas, pelo menos neste domínio, desse reconhecimento nada resultaria em termos práticos, já que os seus titulares (consumidores e associações representativas dos seus interesses) seriam facticamente incapazes de o exercer com possibilidades mínimas de sucesso, o que garantiria, em termos materiais, a continuação da imunidade das empresas mais poderosas para quem continuaria a compensar a infracção reiterada e recorrente das leis da concorrência e do direito do consumo.

De facto, como se tem demonstrado, na prática, nas diferentes latitudes em que o problema se tem colocado e como se reconhece progressivamente nas instituições da União Europeia, nestes domínios e neste tipo de situações o financiamento de contencioso por terceiros é a única forma de conferir sentido útil ao direito de acesso dos consumidores à justiça e aos tribunais a fim de serem ressarcidos dos danos ilicitamente sofridos. Em sentido convergente, sem a possibilidade de recurso a essa modalidade de financiamento por parte das associações representativas dos interesses dos consumidores, o direito de acção popular e o direito dos consumidores à reparação de danos seriam privados de qualquer viabilidade enquanto instrumento efectivo de *private enforcement*.

Ora, a existência de direitos fundamentais de organização e procedimento, como são os direitos fundamentais de acesso à justiça e aos tribunais e o direito de acção popular, depende intrinsecamente da sua efectividade, no sentido de que só existem quando os respectivos titulares dispõem dos requisitos para os exercerem com condições mínimas de sucesso relativamente à prossecução dos fins em vista.

De resto, de há muito a doutrina⁵⁹ chamou a atenção para essa indissociabilidade de existência, titularidade, capacidade de exercício e efectividade deste tipo de direitos fundamentais. Sem a presença cumulativa de todos e de cada um destes elementos, cada um dos restantes permaneceria destituído de valia real. O direito de acesso à justiça só existe quando pode ser realizado como direito de acesso efectivo aos tribunais – o que exige eliminação das barreiras financeiras, processo equitativo e *igualdade de armas*⁶⁰ –, pois só dessa forma a titularidade dos restantes direitos fundamentais significa, em última análise, capacidade efectiva de acesso aos bens por eles protegidos nas situações em que não são reconhecidos ou em que são violados.

Logo, pura e simplesmente, proibir o financiamento do contencioso por terceiros nestas áreas significaria o *esvaziamento* dos direitos fundamentais em causa, tanto do direito de acesso à justiça e aos tribunais, como do direito de acção popular e do direito dos consumidores à reparação de danos, assim transformados, de facto, em verdadeiro *nudum jus*, na medida em que a titularidade formal destes direitos redundaria em verdadeira mistificação já que não corresponderia a qualquer possibilidade prática de os exercer na realidade da vida jurídica.

Ora, como a interpretação do enunciado do artigo 19.º, n.º 7, da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, num sentido em que, no caso das acções populares de defesa dos consumidores financiadas por terceiros, a remuneração da entidade financiadora não estivesse incluída nas *demais despesas incorridas pelo autor por força da acção* equivaleria a uma proibição, nesses domínios, do financiamento de contencioso por terceiros, então tal interpretação seria inconstitucional por violação do conteúdo essencial⁶¹ do direito de acesso à justiça e aos tribunais, bem como

⁵⁹ Cf., neste sentido, nos anos setenta do século passado, as obras seminais de MARC GALANTER (“Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change” in *Law and Society Review*, 1, 1974, págs. 95 e segs) e de MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH (“Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective” in *Buffalo Law Review*, 1978, págs. 181 e segs), com influência reflectida no entendimento da garantia da tutela jurisdiccional efectiva dos direitos fundamentais tal como foi acolhida nos artigos 20.º, 52.º, n.º 3, e 268.º da Constituição portuguesa.

⁶⁰ Como já ali se salientava, a área do direito do consumo e da representação dos interesses difusos é uma das especialmente críticas para o tema da *igualdade de armas* (CAPPELLETTI/GARTH, “Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective”, cit., págs. 194 e segs). Entre nós, por todos, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, cit., págs. 441 e segs; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª ed., I., cit., pág. 415.

⁶¹ Sobre o sentido da garantia constitucional do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, prevista no artigo 18.º, n.º 3, da Constituição, cf. os nossos *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, cit., págs. 779 e segs; *Limites dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Coimbra, 2023, págs. 256 e segs.

do direito de acção popular e do direito à reparação de danos por parte dos consumidores e das suas associações representativas naquelas situações complexas de lesão massiva e dispersa dos seus interesses.

Logo, de acordo com o princípio da interpretação em conformidade à Constituição e aos direitos fundamentais, a única interpretação constitucionalmente adequada é a que corresponde à inclusão da remuneração da entidade financiadora nas *demais despesas incorridas pelo autor por força da acção*.

De resto, esse é o único sentido compatível com um preenchimento adequado do conteúdo protegido pelo direito de acesso de acesso à justiça e aos tribunais e, conseqüentemente, do próprio direito de acção popular e do direito dos consumidores à reparação de danos.

3.2.2. O legislador não poderia ter aprovado a norma constante do artigo 19.º, n.º 7, da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, com um sentido interpretativo que violasse o princípio da proibição do excesso

Uma proibição legislativa do financiamento de contencioso por terceiros no domínio e no tipo de acção que aqui consideramos, ou uma interpretação do artigo 19.º, n.º 7, da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, que, por excluir a remuneração da entidade financiadora da previsão normativa, tivesse um efeito equivalente, seriam ainda inconstitucionais por violação do princípio constitucional da proibição do excesso, nas suas duas dimensões de proporcionalidade e de razoabilidade⁶².

Muito sintetizadamente, de acordo com esse princípio, as entidades públicas não podem, em Estado de Direito, afectar os particulares de forma excessiva ou desnecessária, sobretudo quando isso se reflecte em restrição dos seus direitos fundamentais. Na dimensão ou controlo de proporcionalidade, tal traduz-se normativamente na exigência de um balanceamento não desequilibrado, não desproporcionado, quando se considera a relação entre os sacrifícios ou desvantagens que se impõem e os benefícios que se pretendem alcançar com a medida restritiva. Por sua vez, na dimensão ou controlo de razoabilidade, o não dever ser excessivo traduz-se na exigência de, em quaisquer circunstâncias, não se tratar ou não se deixar o afectado numa situação qualitativa ou quantitativamente intolerável à luz dos padrões comuns de um Estado de Direito.

Ora, considerando a eventualidade de uma medida legislativa proibitiva do financiamento de contencioso por terceiros ou de uma interpretação do enunciado

⁶² Para uma exposição desenvolvida destas duas dimensões do princípio da proibição do excesso constitucionalmente consagrado (artigo 2.º e artigo 18.º, n.º 2, da Constituição), cf. o nosso *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, 2ª ed., Coimbra, 2022, págs. 111 e segs.

normativo em causa com efeitos equivalentes aos de uma proibição, o carácter excessivo, por desproporcionalidade, é a conclusão que necessariamente se retira quando se considera a relação entre os fins visados e as desvantagens ou sacrifícios impostos.

Com efeito, mesmo admitindo como legítimos e dignos de consideração os fins que se procuram obter com a proibição e mesmo admitindo que eles pudessem ser afectados pelo financiamento de contencioso por terceiros (esses fins seriam a transparência e lisura da prestação da justiça, a sua não mercantilização, o não exercício abusivo do direito de acesso aos tribunais ou da liberdade contratual, a inexistência de conflitos de interesses nas relações entre os diferentes operadores jurídicos), imediatamente se conclui que a prossecução de todos e quaisquer deles dispensa a adopção de uma medida tão radical.

Ou seja, todos aqueles fins podem ser adequadamente prosseguidos com medidas menos restritivas. Sobretudo, quando se tem a conta a extrema gravidade de uma medida proibitiva daquele jaez – que, pura e simplesmente, no que respeita aos consumidores lesados por práticas ilícitas ou às associações de defesa dos seus interesses, impede o acesso aos tribunais ou, no mínimo, não permite uma disputa judicial equitativa e com igualdade de armas entre as duas partes, entre lesados e agressores –, imediatamente se percebe a desnecessidade e desproporcionalidade de medida tão gravosa, especialmente quando essa medida proibitiva radical é comparada com a alternativa igualmente ao dispor do legislador.

Obviamente, essa alternativa que o legislador poderia ter utilizado é a de uma regulação do financiamento de contencioso por terceiros que, salvaguardando a possibilidade de recurso a esta modalidade de financiamento, acautele simultaneamente os mesmos fins que se procuravam prosseguir com a proibição. É esta, de resto, como vimos, a alternativa que tende a ser genericamente adoptada e que passou mesmo a ser promovida por instituições europeias. É certo que esta tendência de regulação vem sendo favorecida no plano das opções políticas, mas, não deixa de constituir a comprovação da sua plausibilidade prática e, portanto, da sua capacidade objectiva para ser reconhecida, também no plano jurídico, como alternativa à proposta proibicionista. E, sendo assim, havendo medida menos restritiva capaz de prosseguir adequadamente os fins que se procuravam alcançar, resulta demonstrada a desnecessidade e a desproporcionalidade de uma proibição de efeitos tão gravosos para os direitos fundamentais afectados como seria a de uma proibição geral e abstracta do financiamento de contencioso por terceiros em quaisquer circunstâncias e, logo, fica evidenciada a consequência da inconstitucionalidade da eventual lei proibitiva ou da interpretação normativa de efeitos equivalentes.

Por sua vez, quanto à dimensão de razoabilidade ínsita no princípio da proibição do excesso, as exigências dela decorrentes seriam especialmente desconsideradas por uma interpretação normativa que concluísse pela não inclusão da remuneração da entidade financiadora na previsão normativa do artigo 19.º, n.º 7, da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho.

É que, nessa altura, a inexistência de uma proibição geral e abstracta do financiamento de contencioso por terceiros teria caucionado objectivamente a celebração do acordo de financiamento e a interposição da acção, mas, posteriormente, em consequência e de acordo com aquela interpretação do artigo 19.º, n.º 7, da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, a associação de defesa dos consumidores acabaria, no fim do processo, impossibilitada de satisfazer os compromissos remuneratórios assumidos, com perda do investimento feito pela entidade financiadora.

No fim, os consumidores lesados teriam sido compensados; o efeito dissuasor de comportamentos ilícitos teria actuado com o consequente benefício do interesse público e dos interesses dos consumidores em geral; o Ministério da Justiça receberia, finalmente, o montante dos créditos não reclamados que seriam posteriormente alocados à promoção de acções populares, isto é, outros particulares viriam a poder exercer o respectivo direito de acção popular como resultado desta iniciativa. Porém, em contrapartida, as duas entidades sem cuja actuação nenhum destes benefícios teria sequer existido seriam deixadas numa situação penosa grave: no lado da associação de defesa dos interesses dos consumidores, numa situação de incumprimento pela qual poderia vir a ser responsabilizada e, da parte da entidade financiadora, numa situação de perda total do seu investimento e remuneração.

Esta seria uma situação típica de desrazoabilidade violadora do princípio constitucional da proibição do excesso, isto é, titulares de direitos fundamentais e como resultado do exercício legítimo desses direitos acabariam destruídos pelos poderes públicos de forma intolerável à luz dos critérios comumente reconhecidos numa ordem jurídica de Estado de Direito.

Assim, e com fundamento na violação do princípio da proibição do excesso nas suas duas dimensões de proporcionalidade e de razoabilidade, uma proibição legislativa do financiamento do contencioso por terceiros que resultasse de uma intenção do legislador ou de uma interpretação normativa de efeitos equivalentes do enunciado do artigo 19.º, n.º 7, da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, seria inconstitucional.

Logo, de acordo com o princípio da interpretação em conformidade à Constituição e aos direitos fundamentais, a única interpretação constitucionalmente admissível daquele enunciado é a interpretação alternativa, ou seja, a que corresponde à inclusão da remuneração da entidade financiadora nas *demais despesas incorridas pelo autor por força da acção*.

3.2.3. O legislador não poderia ter aprovado a norma constante do artigo 19.º, n.º 7, da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, com um sentido interpretativo que violasse o princípio constitucional da proibição do défice ou o princípio da efectividade tal como é definido pelo Direito da União Europeia (remissão)

Por último, a necessidade de interpretação das normas ordinárias em conformidade à Constituição e aos direitos fundamentais teria impedido o legislador de aprovar as normas em análise com um sentido interpretativo que, na medida em que proibisse ou inviabilizasse facticamente a possibilidade de recurso ao financiamento de contencioso por terceiros no tipo de situações em apreço, constituiria uma violação do princípio da proibição do défice associado às exigências constitucionais decorrentes do dever estatal de promoção dos direitos fundamentais, bem como constituiria, no mesmo sentido, uma violação do princípio da efectividade oriundo do Direito europeu.

Procedemos, a seguir, à respectiva demonstração.

3.3. Normatividade constitucional e efectividade do direito de acesso aos tribunais, do direito de acção popular indemnizatória e do direito dos consumidores à reparação de danos nos casos de violação em massa e dispersa dos interesses e direitos dos consumidores

É pacífico, neste domínio, o reconhecimento da importância da efectividade do direito de acesso aos tribunais e do direito de acção popular enquanto pressuposto da própria garantia material dos direitos dos consumidores, dada a relevância que assume o *private enforcement*, não apenas como meio por excelência de compensação dos consumidores lesados, mas também enquanto contributo relevante de desincentivo e dissuasão da infracção recorrente das normas da concorrência e do direito do consumo.

Ora, nas situações de violação em massa e dispersa dos interesses dos consumidores não há outra forma realística de acesso aos tribunais para fins ressarcitórios que não seja através das acções colectivas representativas e como estas não dispõem de viabilidade nem de probabilidade de sucesso sem o recurso ao financiamento do contencioso por terceiros, este constitui, assim, como vimos, condição *sine qua non* da própria efectividade dos direitos fundamentais afectados pelas práticas anticoncorrenciais, designadamente o direito fundamental dos consumidores à reparação de danos.

Vamos, neste ponto, analisar a especial responsabilidade constitucional que incumbe aos tribunais na garantia da efectividade dos direitos fundamentais à luz

de dois parâmetros directa ou indirectamente constitucionais: o dever estatal de promoção dos direitos fundamentais (associado, enquanto dever essencialmente traduzido em dever de prestações positivas, ao princípio de proibição do défice) e o princípio da efectividade tal como é definido pelo Direito da União Europeia.

3.3.1. A obrigação constitucional de tutela da efectividade do direito de acesso aos tribunais, do direito de acção popular e do direito dos consumidores à reparação de danos à luz dos deveres estatais de respeito e de promoção dos direitos fundamentais

É de reconhecimento consensual, tanto na teoria internacional dos direitos humanos, quanto na teoria dos direitos fundamentais constitucionais, que a um Estado social e democrático de Direito, como o que é plasmado na nossa Constituição, incumbe, não apenas um dever de respeito dos direitos fundamentais, mas também um dever de protecção (contra eventuais agressões perpetradas por terceiros) e também um dever de promoção do acesso aos bens por eles protegidos por parte dos titulares que não dispõem dos recursos próprios suficientes e bastantes para a eles acederem⁶³.

Por outro lado, cabe notar que quando se fala em *deveres do Estado* no domínio dos direitos fundamentais, tal referência abrange, em primeiro lugar, o legislador democraticamente legitimado, mas também, e, como vimos, por força da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais, abrange a administração e os próprios tribunais.

Se bem que se trate sempre de deveres impostos a todas as entidades e a todos os poderes públicos, razões de separação de poderes próprias de Estado de Direito democrático impõem reservas específicas à vinculatividade constitucional de cada um daqueles diferentes deveres estatais. Assim, enquanto que a normatividade do dever de respeito dos direitos fundamentais está apenas condicionada por uma reserva de ponderação com a necessidade de realização de outros bens igualmente dignos de protecção jurídica, já no que se refere aos deveres de protecção e de promoção dos direitos fundamentais, a respectiva normatividade está ainda condicionada por uma reserva do politicamente adequado ou oportuno que remete para o poder político e o legislador democraticamente legitimado as decisões sobre quais as melhores ou as mais adequadas formas de protecção e de promoção. Por

⁶³ Sobre os deveres estatais em domínio de direitos fundamentais e as reservas específicas que afectam cada um deles, cf., com desenvolvimento, o nosso *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Lisboa, 2017, págs. 347 e segs.

sua vez, o dever estatal de promoção está igualmente condicionado pela chamada reserva do financeiramente possível, uma vez que, frequentemente, a promoção do acesso aos bens protegidos pelos direitos fundamentais concretiza-se em ajuda financeira ou em prestação de serviços públicos de valor equivalente.

Esta diferenciação significa que, por razões de separação de poderes própria de Estado de Direito democrático, enquanto que a apreciação judicial da existência de eventual inconstitucionalidade quando o Estado não respeite um direito fundamental é praticamente incondicionada, ou seja, o juiz tem uma competência total para apreciar a legitimidade constitucional da pretendida restrição de um direito fundamental, já quando o Estado não proteja ou não promova adequadamente o acesso dos titulares dos direitos fundamentais aos bens por eles protegidos, a competência de controlo do poder judicial está intrinsecamente condicionada. Isto é, por força daquelas reservas do politicamente oportuno e do financeiramente possível, o poder judicial tem, no caso do dever de protecção e do dever de promoção, uma margem de controlo mais restrita, pelo que a existência de inconstitucionalidade só é seguramente determinada quando o Estado fique aquém de um patamar mínimo de realização. Por sua vez, o estabelecimento constitucionalmente adequado do conteúdo desse patamar é modernamente feito através do recurso ao chamado princípio da proibição do défice ou da proibição da insuficiência de realização⁶⁴.

Assim, aplicando este enquadramento constitucional à situação em apreço, o juiz defronta-se, em primeiro lugar, com uma situação de eventual não respeito dos direitos fundamentais quando, dispondo os respectivos titulares das possibilidades fácticas para aceder aos bens protegidos – e, no caso em apreço, através do financiamento de contencioso por terceiros, os próprios particulares dispõem das condições materiais para exercerem os seus direitos, ou seja, não necessitariam da ajuda estatal para acederem à justiça e aos tribunais –, eles se vêem afectados por uma eventual intervenção proibitiva accionada pelas entidades públicas. Nessa altura, tal proibição estaria sob controlo judicial integral, isto é, o juiz disporia aí de competência total para controlar a constitucionalidade da intervenção restritiva. Então, não havendo, como vimos, razões justificativas para uma proibição radical do financiamento do contencioso por terceiros, a inconstitucionalidade da restrição poderia ser integralmente verificada e julgada pelo juiz da causa.

⁶⁴ Sobre o alcance e os limites deste princípio constitucional estruturante, cf., com desenvolvimento, o nosso *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares – do Dever de Protecção à Proibição do Déficit*, Coimbra, 2018, págs. 255 e segs; mais sintetizadamente, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, cit., págs. 163 e segs.

Porém, as exigências de realização dos direitos fundamentais não se resumem a um dever de respeito, isto é, as entidades públicas têm igualmente um dever de protecção e, para o que aqui especialmente nos importa, têm igualmente um dever de promoção do acesso dos respectivos titulares aos bens protegidos pelos direitos fundamentais, têm um dever de ajuda, de garantia da efectividade do acesso.

Mais, a incumbência do poder judicial à luz do parâmetro do dever estatal de promoção (e do princípio constitucional associado, o princípio da proibição do défice) não se resume à verificação de eventual inconstitucionalidade por insuficiência de realização, mas igualmente, sempre que um mínimo de efectividade não esteja assegurado ou sempre que o titular do direito fique numa situação desrazoável em caso de não acesso ao bem protegido, exige uma actuação judicial garantidora desse mínimo. Assinale-se que a referência à realização de um *mínimo* se justifica pela existência das referidas reservas que condicionam o alcance do conteúdo normativo reconhecido aos deveres de protecção e de promoção dos direitos fundamentais a que todos os poderes públicos, incluindo o judicial, estão vinculados.

Na situação em apreço não há ainda, como se viu, legislação portuguesa específica sobre o tema do financiamento de contencioso por terceiros. Como se procurou demonstrar nos pontos anteriores, dessa ausência de regulação específica não resulta qualquer impedimento, sobretudo de natureza constitucional, à interposição de acções populares financiadas por terceiros, bem como a uma intervenção judicial concretizadora e conformadora do exercício dos direitos fundamentais em causa num contexto de financiamento por uma terceira entidade.

Em qualquer caso, se o vazio legislativo fosse de algum modo considerado como obstáculo ou impedimento ao exercício dos referidos direitos fundamentais naquele contexto, para além de um dever de respeito haveria igualmente, por força do dever estatal de promoção – que recai sobre todas as entidades e poderes públicos, incluindo o juiz – e à luz da observância do princípio da proibição do défice, uma obrigação constitucional de o poder judicial e, desde logo, o juiz da causa, garantir as condições de efectividade do exercício do direito de acesso à justiça e aos tribunais, do direito de acção popular e do direito dos consumidores à reparação de danos num contexto de financiamento por terceiros.

Não há, nessas circunstâncias, um especial dever de contenção judicial perante o *silêncio* do legislador. É que, na situação que aqui apreciamos, ao contrário do que normalmente sucede em âmbito do dever de promoção, a reserva do financeiramente possível não tem aplicação, uma vez que a natureza do recurso ao fi-

nanciamento por terceiros destina-se a complementar a ajuda estatal ou a suprir as insuficiências naturais dessa ajuda num contexto de recursos públicos de *escassez moderada*. Ora, é essa *reserva do possível* que, em geral, condiciona decisivamente a intervenção judicial substitutiva da inércia ou das insuficiências dos outros poderes estatais.

Com efeito, o monopólio da aprovação do orçamento por parte do legislador democrático inibe, em geral, uma intervenção judicial autónoma substitutiva daquele jaez. Só que, na situação em apreço, não há razões justificativas dessa inibição judicial que vão para além dos limites induzidos pela reserva do politicamente adequado ou oportuno, uma vez que, quanto à dificuldade estrutural relativa às disponibilidades financeiras, o Estado acaba por ficar *aliviado* da responsabilidade de ajuda financeira. Ou seja, a reserva do financeiramente possível não tem aqui aplicação, uma vez que um mecanismo de mercado – um acordo de financiamento por terceiros – dispensa a ajuda estatal.

Por outro lado, e significativamente, o dever estatal de promoção do acesso dos respectivos titulares aos direitos fundamentais que aqui estão em causa (direito de acesso à justiça e aos tribunais, direito de acção popular, direito à reparação dos danos sofridos pelos consumidores e direito à livre iniciativa económica privada) apresenta, no caso da Constituição portuguesa, uma relevância qualificada, na medida em que, para além da sua dedução genérica da configuração constitucional da República portuguesa como Estado de Direito social e democrático, há ainda uma específica consagração constitucional da obrigação estatal de assegurar a equilibrada concorrência entre as empresas e reprimir as práticas abusivas, bem como de garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores, no artigo 81.º, alíneas f) e i), da Constituição.

Portanto, em última análise, cabe ao legislador a definição de quais as modalidades mais adequadas de ajuda, de promoção do acesso, mas, na ausência dessa definição, o juiz tem, por força da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais e dos deveres estatais de respeito e de promoção, a obrigação constitucional de garantir a efectividade dos direitos fundamentais em causa, o direito de acesso aos tribunais, o direito de acção popular e o direito dos consumidores à reparação de danos, ainda que, para tanto, tenha a necessidade, se for o caso, de afastar a aplicação de lei ou de norma inconstitucionais.

Caso de norma inconstitucional seria uma norma que, em quaisquer circunstâncias, proibisse o recurso das associações de defesa dos interesses dos consumidores ao financiamento de contencioso por terceiros. A inconstitucionalidade derivaria, não apenas das razões já apontadas, mas também, como veremos a seguir, da violação do princípio da efectividade oriundo do direito europeu.

3.3.2. A obrigação constitucional de tutela do direito de acesso aos tribunais, do direito de acção popular e do direito dos consumidores à reparação de danos à luz do princípio de efectividade tal como é definido pelo Direito da União Europeia

No domínio em apreço, do reconhecimento do efeito directo dos artigos 101.º e 102.º do TFUE resultou o reconhecimento dos direitos dos particulares à compensação ou à reparação por danos sofridos causados por acordos, medidas ou condutas que distorçam ou restrinjam a concorrência⁶⁵, implicando, para os tribunais nacionais, uma obrigação de protecção dos direitos que, para os particulares, derivam de tais normas de Direito da União Europeia directamente eficazes.

Ora, segundo jurisprudência continuada do Tribunal de Justiça da União Europeia, a aplicação do Direito da UE pelos órgãos nacionais, incluindo os tribunais, está sujeita a dois requisitos de ordem geral: o princípio da equivalência, segundo o qual a aplicação nacional do direito europeu não pode ser menos favorável do que aquilo que resulta das próprias normas nacionais sobre questões semelhantes, e, para o que agora especialmente nos importa, o princípio da efectividade, segundo o qual os órgãos nacionais não podem tornar a aplicação impositiva do direito europeu, *maxime* dos direitos individuais nele apoiados, praticamente impossível ou excessivamente difícil.

Isto implica, no fundo, para os tribunais nacionais, uma exigência reforçada da protecção judicial efectiva dos direitos individuais que já resultava do próprio sistema constitucional nacional dos direitos fundamentais, ainda que esta exigência do Direito europeu coloque alguma tensão, que obriga a uma composição equilibrada, entre, de um lado, a autonomia procedimental dos Estados-Membros na regulação do acesso à justiça (que vigora sempre que não há norma europeia que regule o tema), e, do outro, entre os demais requisitos, o da efectividade que deve ser proporcionada pelas disposições e regulações nacionais na tutela dos direitos derivados das disposições europeias⁶⁶.

⁶⁵ Cf. o considerando 3 da Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Novembro de 2014: “Os artigos 101.º e 102.º do TFUE produzem efeito directo nas relações entre particulares e criam, para as pessoas em causa, direitos e obrigações que os tribunais nacionais devem tutelar”.

⁶⁶ Cf. o considerando 4 Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Novembro de 2014: “O direito, garantido pelo direito da União, à reparação de danos causados por infração ao direito da concorrência da União e ao direito da concorrência nacional requer que cada Estado-Membro tenha regras processuais para assegurar o exercício efetivo desse direito. A necessidade de mecanismos de impugnação judicial efetivos decorre igualmente do direito a uma

Não resta dúvida, porém, que, neste domínio da concorrência, a preocupação com a efectividade constitui um traço marcante da última fase de evolução aberta com o caso *Courage Ltd v. Crehan* (2001), que dissipou as dúvidas e incertezas sobre a existência de um direito a indemnização por violação das normas europeias da concorrência⁶⁷, e que foi continuada com a Directiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Novembro de 2014, e, também com o aval do TJUE, com o incentivo reiterado ao *private enforcement* nos últimos anos⁶⁸.

Assim, como se estabelece no artigo 4º da referida Directiva,

“Em conformidade com o princípio da efetividade, os Estados-Membros asseguram que todas as regras e os processos nacionais respeitantes à apresentação dos pedidos de indemnização sejam concebidos e aplicados de modo a não tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito, garantido pelo direito da União, à reparação integral dos danos causados por infração ao direito da concorrência”.

Por sua vez, procedendo à transposição dessa Directiva, dispõe o artigo 23.º, nº 2, da chamada lei do *private enforcement*, a Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, que

“A aplicação das regras substantivas e processuais relativas a ações de indemnização por danos resultantes de infrações ao direito da concorrência não podem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à indemnização”⁶⁹.

Deste enquadramento legislativo e jurisprudencial, com a relevância que aí é atribuída ao princípio da efectividade, resultam, para os órgãos nacionais, três conseqüências no que respeita, de um lado, à interpretação das normas nacionais em vigor sobre acções colectivas representativas indemnizatórias no domínio dos

proteção judicial efetiva estabelecido no artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Tratado da União Europeia (TUE) e no artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Os Estados-Membros deverão assegurar proteção judicial efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União”.

⁶⁷ Cf. ALISON JONES, “Competition law enforcement” in A. ARNULL/ D. CHALMERS, *The Oxford Handbook of European Law*, 2015, pág. 664.

⁶⁸ Cf. IMELDA MAHER, “Competition law: convergence through law and networks” in P. CRAIG/ G. DE BÚRCA, *The Evolution of the EU Law*, 3ª ed., Oxford, 2021, págs. 834 e segs.

⁶⁹ Por sua vez, o n.º 3 do mesmo artigo dá expressão ao princípio da equivalência: “A aplicação das regras substantivas e processuais relativas a ações de indemnização por infração ao disposto nos artigos 101.º e 102.º do TFUE não pode ser menos favorável para os alegados lesados do que as regras relativas a ações de indemnização análogas relativas a violações do direito nacional”.

direitos dos consumidores e, de outro, à eventual proibição legislativa do financiamento de contencioso por terceiros neste mesmo domínio.

Uma primeira consequência é a da necessidade de se proceder a uma interpretação das normas nacionais em conformidade ao objectivo de assegurar uma protecção judicial efectiva aos direitos individuais derivados dos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Uma segunda, de acordo com o mesmo princípio, é a de preferir, de entre várias interpretações possíveis das normas nacionais, a interpretação que assegure a maior efectividade àqueles direitos e, finalmente, a terceira consequência, que é a de ter de se considerar inconstitucional a norma que eventualmente viesse a proibir o financiamento de contencioso por terceiros.

Esta inconstitucionalidade, convergindo com a conclusão e os fundamentos elencados no ponto anterior, assenta num diferente fundamento.

Assim, de acordo com o artigo 8.º, n.º 4, da Constituição, as disposições dos tratados e as normas emanadas das instituições da União Europeia são aplicáveis na ordem jurídica portuguesa nos termos definidos pelo Direito da União Europeia. Ora, em primeiro lugar, ficou evidente a forma como o princípio da efectividade é interpretado e aplicado pelos órgãos competentes, designadamente o TJUE, designadamente quanto à necessidade de assegurar, por parte dos órgãos nacionais, uma tutela jurisdicional efectiva aos direitos derivados das normas europeias. Em segundo lugar, ficou já sobejamente demonstrada e evidente a forma como a eventual proibição do financiamento do contencioso por terceiros comprometeria decisivamente a efectividade do direito de as associações de defesa dos interesses dos consumidores obterem compensação para os consumidores lesados por infracções às normas da concorrência. Donde, finalmente, se pode concluir que uma eventual proibição do contencioso por terceiros neste domínio significaria uma violação do princípio da efectividade tal como é definido pelo Direito da União Europeia e configuraria, nesse sentido, uma violação da Constituição portuguesa.

4. Conclusões

a) O financiamento de contencioso por terceiros é uma prática em expansão num plano global e apresenta, no espaço europeu, uma vitalidade crescente no domínio da aplicação impositiva do direito da concorrência e do consumo através de iniciativa privada, designadamente nas situações em que a apatia dos consumidores perante lesões sérias, mas dispersas, dos seus direitos e interesses é racionalmente justificada e em que as associações representativas dos seus interesses não dispõem de capacidade financeira própria para litigarem com igualdade de armas entre as partes em acções de elevada complexidade.

b) Superadas algumas resistências iniciais e reconhecendo o papel insubstituível das acções colectivas representativas no *private enforcement* do direito da concorrência, consumo, ambiente e protecção de dados, as instituições europeias orientam-se tendencialmente para o reconhecimento do financiamento de contencioso por terceiros, sem prejuízo da necessidade de uma regulamentação cautelar que previna os riscos e os conflitos de interesses potencialmente abrangidos nesta modalidade de financiamento e que foram também justamente assinalados.

c) Ao arrepio desta tendência, e de forma singular e inédita em direito comparado, surgiram recentemente em Portugal objecções e reservas de natureza constitucional à admissibilidade do recurso ao financiamento do contencioso por terceiros nas acções colectivas representativas. Tendo como fundamento a pretensa violação de princípios estruturantes de Estado de Direito, como a reserva de lei, a separação de poderes, a ordem pública ou a proibição do abuso de direito, estas objecções, a serem acolhidas, teriam como inevitável consequência, dado o seu nível constitucional, a imposição de uma proibição legal e sem remissão desta modalidade de financiamento, bem como a sua rejeição liminar pelo poder judicial enquanto não fosse aprovada a legislação correspondente.

d) Todavia, como se procurou demonstrar, a celebração de acordos de financiamento de contencioso por terceiros para promover acções populares indemnizatórias de elevada complexidade é perfeitamente compatível com uma Constituição de Estado de Direito. Para além de não existir qualquer incompatibilidade entre a Constituição e a lei vigente e os acordos de financiamento, tanto a celebração de tais acordos, como a correspondente promoção de acções populares indemnizatórias são feitas no exercício legítimo e constitucionalmente protegido do direito fundamental de acesso à justiça e aos tribunais (artigo 20.º da Constituição), do direito de acção popular (artigo 52.º, n.º 3, da Constituição), do direito dos consumidores à reparação de danos (artigo 60.º, n.º 1, da Constituição) e do direito à livre iniciativa económica privada (artigo 61.º, n.º 1, da Constituição).

e) Não seria compatível com a Constituição a proibição geral e abstracta de acordos de financiamento de contencioso por terceiros sem a aferição dos termos concretos do conteúdo desses acordos. Uma proibição com esse alcance geral, sendo decidida pelo legislador, constituiria uma violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais atrás referidos (artigo 18.º, n.º 3, da Constituição), bem como uma violação do princípio da proibição do excesso nas suas duas dimensões de proporcionalidade e de razoabilidade (artigo 2.º e artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).

f) Por sua vez, na ausência de lei restritiva especificamente habilitadora da proibição, se a proibição fosse decidida pela administração ou pelo poder judicial tal constituiria uma interpretação inconstitucional da lei vigente, por se traduzir igualmente na violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais referidos e na violação do princípio da proibição do excesso nas suas duas dimensões de proporcionalidade e de razoabilidade, bem como constituiria uma violação do princípio da separação de poderes e da reserva de lei restritiva de direitos fundamentais (artigo 2º e artigo 165º, n.º 1, alínea b), da Constituição).

g) No contexto concreto das acções colectivas representativas de elevada complexidade no domínio da aplicação impositiva da concorrência e dos direitos dos consumidores através de iniciativa privada, a proibição de recurso a financiamento de contencioso por terceiros constituiria uma violação do princípio de direito europeu da efectividade do direito de indemnização conferido pelos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

h) O direito da União Europeia, tal como ele é definido pelas instâncias europeias para tal legitimadas, designadamente o TJUE, é, por força do artigo 8º, n.º 4, da Constituição, aplicável na ordem interna, pelo que uma violação do princípio da efectividade do direito de indemnização conferido pelos artigos 101.º e 102.º do TFUE é igualmente configurável, na ordem jurídica portuguesa, como inconstitucionalidade.

i) Nesse sentido, a violação do princípio da efectividade funciona como fundamento de inconstitucionalidade em convergência aos já assinalados, com a particularidade de que, no que se refere ao poder judicial, a violação da efectividade se pode verificar tanto por acção, como por omissão. Neste último caso, o da omissão de intervenção judicial destinada a conferir efectividade ao direito de indemnização, a inconstitucionalidade com fundamento em incumprimento das exigências do princípio da efectividade, próprio do Direito europeu, converge com a inconstitucionalidade com fundamento no incumprimento das exigências dos deveres estatais de respeito e de promoção dos direitos fundamentais (no caso, o direito de acesso à justiça e aos tribunais, o direito de acção popular e o direito dos consumidores à reparação de danos) e do princípio da proibição do défice, próprios do Direito constitucional.