

O ACESSO AOS TRIBUNAIS E O FINANCIAMENTO PRIVADO DAS ACÇÕES COLECTIVAS

Mário Frota¹

“O interesse pessoal e directo como critério legitimador, ou a relação material controvertida não bastam para responder a certo universo de inquietações actuais.

Efectivamente, a propensão gregária do individual força, cada vez mais, a sua própria natureza em favor de uma dimensão colectiva dos interesses”.

Neves Ribeiro

vice-presidente do Supremo Tribunal de Justiça

RESUMO

A problemática do acesso ao direito e à justiça constitui, nos tempos que correm, em que a conflitualidade de massa explode, mormente nos diferentes segmentos de mercado em que se dissolve a sociedade de consumo, relevante tema que mister será abordar. Longe de uma desejável pacificação, os constitucionalistas dividem-se. E o “*thema decidendi*” é o de saber se ao Estado incumbe assegurar em plenitude e exclusivamente um tal direito fundamental ou se é lícito a terceiros privados (com manifesto interesse material nas lides, pelas vantagens que delas podem auferir) intervir no financiamento das acções colectivas, como, de resto, nas acções singulares em que os simples particulares reclamem das empresas indemnizações pelas lesões sofridas em razão de uma qualquer prática negocial ilícita. O debate interno divide os constitucionalistas: uns abjuram da simples hipótese da sua admissibilidade; outros entendem que nada há no Texto Fundamental que arrede a possibilidade de tais Acordos de Financiamento por Terceiros em vista da propositura de acções colectivas na titularidade de associações dotadas de *legitimatio ad causam*..

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Paris Est (1990/2005). Fundador e primeiro presidente da AIDC / IACL – Associação Internacional de Direito do Consumo. Fundador e primeiro presidente da apDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo – Coimbra. Fundador e primeiro director do Centro de Estudos de Direito & Informática – Coimbra. Fundador e primeiro Director do Centro de Estudos de Direito do Consumo – Coimbra.

Os regimes são diversos, no seio dos Estados-membros da União Europeia: ordenamentos há que de todo os não admitem, sendo que outros os admitem sem restrições. O Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia abordam elementarmente o tema na novel Directiva das Acções Colectivas que a lume veio a 25 de Novembro de 2020 e teve o seu começo de vigência protraído para 25 de Junho de 2023. Estados-membros houve que ainda não transpuseram uma tal Directiva para o seu ordenamento jurídico: Portugal e Espanha constituem exemplos negativos neste particular, Ainda o não fizeram. Portugal tende a plasmar em lei ordinária as restrições que emanam da Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, admitindo tacitamente tais acordos com as restrições decalcadas do texto com o timbre das instâncias legiferantes da União Europeia que vem de referir-se. Mas há um outro texto na forja, emanado a 13de Setembro de 2022 do Parlamento Europeu, que pretende de modo específico regrar tais domínios no intuito de soffrear os excessos subscritos pelos financiadores privados e pelos fundos em que participam. É desta realidade que se traça uma panorâmica no presente trabalho.

Palavras-chave

Acesso ao direito e à justiça - acção colectiva – acção popular – acordos de financiamento por terceiros – acesso à actividade – actividade de financiamento – actividade inspectiva - acordos ressarcitórios – atribuições e competências - autoridade de supervisão - adequação de fundos – cooperação europeia – coordenação - condições de autorização - conflitos de interesses – custas judiciais – despesas negativas . financiadores de litígios - financiamento privado – fundos-abutres – fundos-anjos – poderes do juiz – *quota litis* – responsabilidade - revisão do acordo – sistemas de autorização - transacção

SUMÁRIO

I PRELIMINARES

1. O acesso ao direito e aos tribunais
2. A proibição da *quota litis*
3. O vazio dos “Acordos de Financiamento por Terceiros” na ordem interna

II O FENÓMENO DO FINANCIAMENTO PRIVADO COMO ALGO DE INDESCARTÁVEL NO QUOTIDIANO?

1. O *statu quo* na Europa
2. Medidas correctivas *de jure condito*

3. O ordenamento pátrio e as provisões *de jure condendo*

3 A POSTURA DO PARLAMENTO EUROPEU

1. A actividade dos financiadores de litígios na União: a consagração do seu regime jurídico

1.1. Sistema de autorização

1.2. Condições de autorização

1.3. Adequação dos fundos próprios

2. Actividade dos financiadores de litígios: sua actuação no Espaço Económico Europeu

3. Autoridade de controlo

3.1. Atribuições e competências

3.2. Actividade inspectiva: denúncias

3.3. Vias de coordenação no plano intra-europeu

IV ACORDOS DE FINANCIAMENTO

1. Acordos: sua admissibilidade

2. Conteúdo dos acordos: requisitos de transparência e prevenção de conflitos de interesses

3. Das cláusulas dos acordos e suas afecções

3.1. Poderes-deveres dos órgãos de judicatura: a apreciação da validade substancial dos acordos

3.2. Revisão dos acordos e seus termos

3.3. Divulgação dos acordos por terceiros

V RESPONSABILIDADES

1. Das responsabilidades em geral

2. Responsabilidades pelas despesas negativas

3. Quadro sancionatório

I PRELIMINARES

1. O acesso ao direito e aos tribunais

O direito ao Direito reveste dignidade constitucional.

O direito ao Direito surge, não raro, associado ao direito de acção, de análogo modo recoberto por garantias que ressumam dos Textos Fundamentais.

A Constituição Portuguesa, no Texto emanado da Constituinte, proclamou logo no seu artigo 20, sob a epígrafe “acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva”:

“1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.”

De resto, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no seu artigo 6.º, consigna o “direito a um processo equitativo”, em termos convencionais, que cumpre a justo título realçar.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a que Portugal de análogo modo se vincula, consagra, no seu artigo 47, um “direito à acção e a um tribunal imparcial” desenhado nestes termos:

“Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo.

Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso à justiça.”

Em obediência à Directiva 2003/8/CE, do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, que contempla “regras mínimas comuns relativas à assistência judiciária e ao apoio judiciário em matéria civil, comercial e de consumo”, a Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, vertida no Parlamento luso, prescreve numa das suas disposições (o n.º 3 do artigo 6.º) o que segue:

“1 - A protecção jurídica reveste as modalidades de consulta jurídica e de apoio judiciário.

2 - A protecção jurídica é concedida para questões ou causas judiciais concretas ou susceptíveis de concretização em que o utente tenha um interesse próprio e que versem sobre direitos directamente lesados ou ameaçados de lesão.

3 - *Lei própria regulará os sistemas destinados à tutela dos interesses colectivos ou difusos e dos direitos só indirecta ou reflexamente lesados ou ameaçados de lesão.*

4 - No caso de litígio transfronteiriço, em que os tribunais competentes pertençam a outro Estado da União Europeia, a protecção jurídica abrange ainda o apoio pré-contencioso e os encargos específicos decorrentes do carácter transfronteiriço do litígio, em termos a definir por lei.”

Mister será sublinhar:

“Lei própria regulará os sistemas destinados à tutela dos interesses colectivos ou difusos e dos direitos só indirecta ou reflexamente lesados ou ameaçados de lesão.”

Uma vintena de anos volvidos, a regra ter-se-á eclipsado e jamais se regulou o sistema de acesso à tutela dos interesses e direitos colectivos “*lato sensu*”.

A tutela dos interesses colectivos ou difusos (com maior propriedade, a tutela dos direitos colectivos *lato sensu*, a saber, os interesses e direitos individuais homogéneos, os colectivos *stricto sensu* e os difusos) protraiu-se para as calendas e o legislador pátrio jamais ousou dar forma a um tal preceito cuja imperatividade é de todo manifesta.

Como, aliás, sucedeu com a acção inibitória, em geral, que instituída pela Lei-Quadro de Defesa do Consumidor em 31 de Julho de 1996, jamais se regulamentou, conquanto a própria lei o exigisse (e distam já 27 anos da data da sua promulgação!).

Importa recordar que já nos manifestámos, em tempos recuados, a propósito da necessidade de um Fundo autónomo de Direitos Colectivos como basilar para o desencadeamento das acções populares e inibitórias sempre que interesses e direitos de um tal jaez fossem alvo de agressões (1).

“No domínio da acção popular, há como que – sem as formalidades exigidas noutros ordenamentos – uma conta especial, para que reverterão os valores relativos a direitos prescritos.

No n.º 5 do artigo 22.º da LAP – no capítulo da responsabilidade civil e penal – se estabelece:

“os montantes correspondentes a direitos prescritos serão entregues ao Ministério da Justiça que os escriturarará em conta especial e os afectará ao pagamento da procuradoria..., e ao apoio no acesso aos tribunais de titulares de direito da acção popular que justificadamente o requeiram.”.

Não se trata de um verdadeiro fundo de direito colectivos que se destine a acudir a estritas necessidades das entidades que relevam da sociedade civil e se envolvam na persecução dos objectivos imbricados no escopo, em particular, das associações de consumidores (ou do ambiente ou do património histórico-cultural).

E curial será se constitua – de *jure condendo* – um fundo com características análogas às que se registam no direito comparado.”

A inexistência do Fundo vem permitindo se insinuem, entre nós, formas mais ou menos subterrâneas de financiamento por terceiros privados, no interesse próprio, de acções colectivas, o que vem gerando acérrima controvérsia, como referiremos num ponto ou noutro.

Os denominados Fundos-abutres vêm invadindo o mercado sem que surja regulamentação que discipline, que ponha cobro à indisciplina reinante!

Aliás, o constitucionalista Paulo Otero (2) alude, designadamente, ante o fenómeno que ora tende a tornar-se explosivo – o dos “*litigation funding agreements*” – à mercantilização do acesso aos tribunais em termos nada laudatórios, ao invés do que outros, aliás, o fazem: “a natureza comercial do contrato de financiamento de acções populares indemnizatórias conduz a uma mercantilização do acesso aos tribunais: o exercício da acção popular indemnizatória serve de mero financiamento lucrativo por parte de um financiador, transformada que está a acção judicial em objecto de negócio lucrativo por parte de um financiador, em claro sentido contrário à natureza e à função constitucional do direito de acção popular”. (3)

Há, porém, de momento, um esboço legislativo que tende a regradar este nicho mercado que movimenta, aliás, somas milionárias, em regra em detrimento dos consumidores e com desmesuradas vantagens para os Fundos de que se trata que sabem quão rendível é, nas actuais condições, o “investimento” na Justiça...

2. A proibição da *quota litis*

A *quota litis* consiste na fixação dos honorários do advogado em função exclusivamente do resultado do litígio ou, tal como reza o n.º 2 do artigo 106 do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA),

"o acordo celebrado entre o advogado e o seu cliente, antes da conclusão final do processo em que é parte, em que o direito do advogado aos honorários depende unicamente do resultado do litígio".

Depende exclusivamente do resultado obtido no pleito e em virtude do qual o seu constituinte se compromete a pagar a quem do seu patrocínio se desobriga uma parte do resultado, seja sob forma de um montante em dinheiro ou de qualquer outro bem ou valor.

A *quota litis* é proibida em Portugal [ao contrário do que ocorre noutros ordenamentos jurídicos estrangeiros, como, por exemplo, nos Estados Unidos (os *contingency fees*)]

O Código de Deontologia do CCBE - Conselho dos Colégios de Advogados da União Europeia - também a proíbe, no seu artigo 3.3.

Porém, não constitui *quota litis*, de harmonia com o n.º 3 da disposição em realce, “o acordo que consista na fixação prévia do montante dos honorários, ainda que em percentagem, em função do valor do assunto confiado ao advogado ou pelo qual, além de honorários calculados em função de outros critérios, se acorde numa majoração em função do resultado obtido.”

O que parece, em verdade, numa interpretação singela, destituída de artifícios, constituir a antítese do princípio e da sua enunciação, na equivocidade com que os textos não raro se apresentam.

O que se traduzirá, em verdade, na consagração da máxima “ não permitir que entre pela porta o que entra, afinal, pela janela”.

Estranho é que se proíba a *quota litis* e se consinta o financiamento por terceiros privados do acesso à justiça a instituições com manifesto interesse nas acções reparatórias que intentem instaurar.

3. O vazio dos Acordos de Financiamento por Terceiros das Acções Colectivas

O ordenamento jurídico pátrio é ainda omissivo no que tange aos AFT – Acordos de Financiamento por Terceiros (4).

Entende-se, em geral, que “o AFT consiste em um negócio jurídico privado de natureza contratual, atípico ..., dotado de uma estrutura complexa e portador de um objecto oneroso que envolve uma remuneração aleatória como contrapartida do financiamento de uma acção contenciosa”. (5)

No entanto, por mor das acções que em catadupa vêm sendo instauradas no Tribunal da Concorrência, da Regulação e da Supervisão e em razão da afecção de interesses e direitos dos consumidores por violação das regras *anti-dumping*, ter-se-á insinuado, entre nós, a *praxis* do financiamento de tais acções por determinados Fundos que pelas suas características se vêm designando por ‘fundos-abutres’. ‘Fundos-abutres’ ante a voracidade com que descem sobre as presas exangues e tendem em converter em vantagens superlativas os voos rasantes que desenharam sobre vítimas inocentes por ressarcir.

De início, o apodo era bem mais lisonjeiro: de ‘fundos-anjo’ se tratava, que não do seu oposto, os “fundos-dianho ou diabólicos”.

Por fundo-anjo se concebia, na formulação original, um fundo de investimento criado por indivíduos ou empresas com elevado património líquido (geralmente designados por

investidores-anjo) para apostar em empresas em fase de arranque ou em actividades de cariz diferenciado (como as que ora se revelam) que de outro modo não superariam a fase preliminar ou de mero projecto não passariam.

Como se conceitua algures, “trata-se de uma subcategoria dos fundos de capital de risco com especial incidência nas empresas em fase de arranque, enquanto os investidores de capital de risco investem geralmente em fase posterior do desenvolvimento da empresa. “

Como características, “os fundos-anjo só podem angariar fundos através da emissão de unidades de participação a investidores-anjo, que devem ter um *corpus* com um dado volume de massa monetária.

A discussão em torno da admissibilidade ou não no ordenamento jurídico pátrio das AFT está longe do seu termo.

Constitucionalistas esgrimem, como se sublinhou retro, argumentos tendentes a revelar a contrariedade de tais AFT’s ao Texto Fundamental pela natureza reforçada do direito de acesso aos tribunais ou a sua consideração à luz do princípio da autonomia privada com respaldos constitucionais e a sua consequente admissibilidade.

Aliás, Carlos Blanco de Moraes e Mafalda Melo Egídio (6) entendem extrair um sem - número de ideias-força da “suposta mercantilização do direito fundamental do acesso à justiça” considerando que os AFT’s constituem condição material quase indispensável para que uma empresa de grandes dimensões que violou o Direito da Concorrência seja condenada a indemnizar os consumidores por ela lesados, garantindo-se um equilíbrio ou “igualdade de armas” no acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efectiva (n.º 4 do artigo 20 da Constituição) entre a associação que os representa e a referida empresa”

No entanto, na forja, a transposição da Directiva ‘Acção Colectiva’ de 25 de Novembro de 2020 em que se projectam normas tendentes a mitigar os efeitos perversos do “cão por vinha vindimada” que vêm sendo provocados pela admissibilidade de facto dos acordos de financiamento por terceiros privados das acções colectivas reparatórias em matéria de interesses e direitos colectivos dos consumidores “lato sensu” ...

II O FENÓMENO DO FINANCIAMENTO PRIVADO COMO ALGO DE INDESCARTÁVEL NO QUOTIDIANO?

1. O *statu quo* na Europa

Como se previne no preâmbulo do texto proposto pelo Parlamento Europeu em anexo à Resolução de 13 de Setembro de 2022 sob a epígrafe “*Responsible private funding of litigation*”, “o financiamento de litígios de natureza mercantil [de consumo] por terceiros é uma prática que está a evoluir para um mercado de serviços de resolução de litígios sem que exista um quadro legislativo específico no seio da União. Apesar do facto de os financiadores de litígios estarem regularmente estabelecidos e operarem regularmente em vários Estados-membros, a nível nacional ou transfronteiras, têm estado até à data sujeitos a diferentes regras e práticas no Mercado Interno, onde em geral há uma enorme fragmentação ou se observa até um vazio legislativo, consoante o Estado-Membro de que se trate. A subsistência de regras e práticas divergentes nos Estados-Membros é susceptível de constituir provavelmente um obstáculo ao funcionamento do próprio Mercado Interno. A ausência de clareza quanto às condições em que operam os financiadores comerciais de litígios de terceiros [“financiadores de litígios” (“*litigation funders*”)] não é compatível com o bom funcionamento do Mercado Interno, tendo em conta nomeadamente que pode ser possível financiar processos transfronteiriços apenas através de um terceiro, e que esses casos são particularmente atractivos para os financiadores de litígios. As divergências no quadro jurídico aplicável em cada um dos Estados-membros implicam um risco de discriminação no acesso à justiça entre [demandantes] de diferentes Estados-Membros, em especial nos processos com um elemento transfronteiriço, bem como um risco de “**forum shopping**” por parte dos financiadores de litígios, que poderiam ser influenciados pelo carácter favorável de certas disposições nacionais relativas ao seu estabelecimento, à lei aplicável aos acordos de financiamento e às regras processuais nacionais.”

O fenómeno penetrou a Europa e é algo de irrecusável no quadro actual, como ocorre em determinadas latitudes.

Em Portugal, por exemplo, regista-se um vazio total e os constitucionalistas, como incidentalmente se aludiu, esgrimem argumentos de molde a saber-se se o ordenamento jurídico pátrio admite ou não os denominados AFT – acordos de financiamento por terceiros das acções colectivas na titularidade de entes processualmente dotados de *legitimatío ad causam*.

2. Medidas correctivas *de jure condito*: a Directiva de 2020 da Acção Colectiva Europeia e seu escopo

Como já o assinalámos em escrito que veio recentemente a lume no Conjur (7), “a Directiva que ora rege no domínio da Acção Colectiva Europeia (8) dispõe cautelarmente de medidas susceptíveis de evitar que as acções constituam um meio de locupletamento injusto para os denominados fundos-abutres que as financiam de molde a avantajarem-se com parte significativa do *quantum* indemnizatório nelas arbitrado em detrimento dos consumidores efectivamente lesados (9).

A causa próxima de um redesenho da acção colectiva, outrora circunscrita à vertente inibitória – e tão só -, é a da proliferação de casos como os do Dieselgate (*Volkswagen* e outras marcas de nomeada), dos voos da *Ryanair* denegados e de situações análogas com foros de escândalo no espaço da União Europeia.

A directiva que, entretanto, veio a lume aparelha um sem-número de regras tendentes à consecução de um tal *desideratum, a saber*, o de prover à reparação de consideráveis prejuízos causados na esfera própria dos consumidores europeus. (10)

No seu preâmbulo se estabelece percucientemente que as entidades dotadas de “*legitimatío ad causam*” devem primar pela transparência no que tange às fontes de financiamento e, em particular, as das acções ressarcitórias que intentem de modo directo e imediato patrocinar.

Tal exigência é indispensável para que a judicatura avalie se o financiamento por entidades privadas, *na medida em que o direito nacional o permita*, cumpre as condições para o efeito estabelecidas:

- se se verificam eventuais conflitos de interesses entre tais entidades e os legitimados processuais, a fim de se evitar o risco de litigância de má-fé e,
- para além de se excogitar se o financiamento por terceiro com interesse económico na acção colectiva reparatória ou no seu resultado não desvirtua o escopo de um tal módulo processual no quadro da protecção dos interesses colectivos dos consumidores a que indissociavelmente se até.

As informações veiculadas aos órgãos de judicatura por quem se ache dotado de legitimidade processual activa devem permitir se avalie em que medida o terceiro financiador poderia influenciar decisões de índole processual ou extraprocessual por si adoptadas, em que se inclui naturalmente o teor das transacções a que se chegue, susceptíveis de prejudicar o interesse colectivo dos consumidores em presença. E permitam ainda perquirir em que medida o terceiro financiador o faz contra demandado seu concorrente ou do qual eventualmente dependa.

Importará considerar que o financiamento directo por entidade privada de uma dada acção colectiva contra demandado que opere no mesmo segmento de mercado implicará um conflito de interesses, na medida em que o concorrente pode ter interesse económico no resultado da acção distinto do dos consumidores nela abrangidos.

No preâmbulo ainda se adverte para o facto de o financiamento indirecto da acção colectiva por instituições financiadas através de contribuições idênticas dos seus membros ou de donativos, em que se incluem os gerados no quadro de iniciativas de responsabilidade social das empresas ou de financiamento colaborativo, dever ser considerado elegível, a título de financiamento por entidades terceiras.

Ponto é que tal financiamento cumpra os requisitos no que tange à transparência, independência e ausência de conflitos de interesse.

Se os conflitos de interesses se confirmarem, as autoridades judiciárias devem poder tomar medidas adequadas, a saber, exigir aos investidos em legitimidade processual que recusem ou alterem o financiamento em causa.

Se necessário, as autoridades judiciárias rejeitam a legitimidade do demandante ou indeferem liminarmente uma determinada acção colectiva ressarcitória.

Tal rejeição ou indeferimento, como se adverte noutro passo, não deverá afectar os direitos dos consumidores abrangidos pela acção colectiva.

2.1. Evitar conflitos de interesses, não prostituir os precípuos fins da acção

A Directiva de que se trata prevê, no n.º 1 do seu artigo 10.º, sob a epígrafe “financiamento de acções colectivas para medidas de reparação” que

“Os Estados-membros asseguram que, caso uma acção colectiva para medidas de reparação seja financiada por um terceiro, na medida em que o direito nacional o permita, se evitem conflitos de interesses e que o financiamento por terceiros que tenham um interesse económico na proposição ou no resultado da acção colectiva para medidas de reparação não [a] desvie da protecção dos interesses colectivos dos consumidores.”

E, no passo subsequente, oferece em pormenor a provisão que segue:

Os Estados-Membros asseguram, em particular, que:

- As decisões tomadas pelos legitimados processuais no contexto de uma acção colectiva, incluindo os acordos indemnizatórios, não sejam indevidamente influenciadas por um qualquer terceiro, de tal forma que prejudique os interesses colectivos dos consumidores nela abrangidos;
- A acção colectiva não seja intentada contra um demandado, concorrente do financiador, ou de quem o financiador dependa.

2.2. Poderes outorgados aos órgãos de judicatura

A Directiva estatui ainda que aos Estados-Membros incumbe prover a que aos tribunais se outorguem poderes para avaliar, em extensão e profundidade, o cumprimento do que nos passos precedentes se dispõe.

E, para tanto, os que se reclamem de uma qualquer *legitimatío ad causam* (11) (12) apresentarão, de modo circunstanciado, aos órgãos de judicatura uma síntese financeira dos fundos à sua disposição em que se enumere as fontes de financiamento de que se socorrem em apoio da acção colectiva de que em concreto se cura.

Os Estados-Membros conferirão ainda a tais órgãos poderes em vista da adopção de medidas adequadas tendentes a exigir dos dotados de legitimidade processual activa que recusem ou procedam a alterações ao financiamento em causa.

Ao julgador se conferirá também poderes em ordem à rejeição, se for caso disso, ou ao não reconhecimento da legitimidade processual ao demandante *in casu*, em determinada acção colectiva por tal modo conspurcada.

Se tal ocorrer, ou seja, se for recusada a legitimidade processual activa em uma dada acção colectiva a um concreto demandante, tal rejeição não afectará os direitos dos consumidores nela abrangidos.

2.3. As transacções: os acordos ressarcitórios

Por transacção se entende, de harmonia com os conceitos ínsitos nos códigos civis, o contrato pelo qual os pleiteantes previnem ou terminam litígios mediante recíprocas concessões.

Em geral, os códigos de processo conferem, na circunstância, aos julgadores poderes meramente documentais, dir-se-ia, notariais mediante os quais lhes não cabe indagar das razões de fundo da transacção ou acordo e sua justeza, antes lhes cabe aferir só e tão só da legitimidade do objecto e da qualidade dos pleiteantes seus partícipes.

Com efeito, socorrendo-nos do que o Código de Processo Civil Português de 2013 prescreve, na esteira, de resto, dos de 1939 e 1966, eis como se estrutura o seu artigo 290 [epígrafe: “como se realiza a... transacção”]:

“1 - A... transacção pode fazer-se por documento autêntico ou particular, sem prejuízo das exigências de forma da lei substantiva, ou por termo no processo.

2 - O termo é tomado pela secretaria a simples pedido verbal dos interessados.

3 - Lavrado o termo ou junto o documento, examina-se se, pelo **seu objecto e pela qualidade das pessoas** que nela intervieram, ... a transacção é válida, e, no caso afirmativo, assim é declarado por sentença, condenando-se ou absolvendo-se nos seus precisos termos.

...”

E tal é susceptível de se observar em homenagem à natureza do processo e do seu pendor dispositivo, em que prevalece o princípio da disponibilidade dos pleiteantes.

No que tange, porém, ao instituto ora em apreciação, o pendor é marcadamente inquisitório, dominado, pois, pelo *princípio da oficialidade ou da inquisitorialidade*.

Eis o que prescreve a Directiva em epígrafe a tal propósito:

Os Estados-Membros proverão a que:

- Demandante e demandado possam propor em conjunto ao tribunal um acordo quanto ao montante reparatório em favor dos consumidores; ou
- O tribunal, em consequência de consulta formulada aos pleiteantes, a ambos convide a que cheguem a acordo no que tange aos valores da reparação dentro de prazo razoável.

A transacção, porém, sujeitar-se-á ao escrutínio do competente órgão de judicatura.

Tal órgão avaliará se deve rejeitar a homologação de uma transacção contrária a disposições imperativas do direito nacional, ou que inclua condições insusceptíveis de aplicação, tendo em conta os direitos e interesses dos partícipes envolvidos, e em especial os dos consumidores cuja tutela se ache em causa.

Aos Estados-membros se confere a faculdade de se estabelecerem regras que permitam aos tribunais recusar a homologação de um qualquer acordo com base na injustiça dos seus termos.

Se o tribunal se recusar a homologar a transacção que para o efeito lhe haja sido submetida, a acção colectiva em causa prosseguirá os seus termos.

As transacções homologadas são vinculativas para demandante, demandado e consumidores individuais abrangidos pela acção colectiva de que se trata.

Os Estados-membros podem estabelecer regras que confirmem aos consumidores individuais abrangidos por uma acção colectiva e pelo acordo subsequente a possibilidade de aceitar ou recusar a sua vinculação pelos termos da transacção ou acordo firmado.

O *quantum reparatório ou ressarcitório* que resulte de um acordo homologado nos termos precedentemente enunciados não prejudica quaisquer outros meios de ressarcimento à disposição dos consumidores, nos termos tanto direito da União Europeia como dos ordenamentos jurídicos pátrios, que não tenham sido contemplados de modo expresso em um tal acto.

3. O ordenamento pátrio e as provisões *de jure condendo*

No entanto, o legislador português, em obediência cega ao teor da Directiva UE 2020/1828, de 20 de Novembro de 2020, e sem estruturar consequentemente e de modo expresso a admissibilidade dos AFT, lança mão de um conjunto de regras avulsas que contemplam sucessivamente aspectos que relevam do financiamento de acções colectivas por investidores privados.

No articulado presente ao Parlamento Nacional para a necessária autorização legislativa, já que se trata de matéria de reserva relativa da Assembleia da República, esboça o

regime do modo que segue (n.º 1 do art.º 10.º do Proposta de Lei 92/XV/1) (sob a epígrafe “**financiamento de acções colectivas para medidas de reparação**”):

“No caso de celebração de acordo de financiamento relativo à prossecução de uma acção colectiva com terceiros, e para que possa ser avaliado o cumprimento do disposto nos números seguintes do presente artigo, o demandante da acção colectiva fornece ao tribunal cópia do acordo, incluindo uma síntese financeira que enumere as fontes de financiamento utilizadas para apoiar a acção colectiva, sem prejuízo da ocultação de informações que seja necessária a garantir do princípio da igualdade entre as partes.”

E como exigência de independência, nos seus n.ºs 2 e 3:

“O acordo de financiamento ... deve garantir a independência do demandante e a ausência de conflitos de interesses.

“... Entende-se que o demandante é independente do terceiro financiador se for exclusivamente responsável pelas decisões de intentar, desistir ou transaccionar no âmbito de uma acção colectiva, tendo por princípio orientador a defesa dos interesses em causa.”

E o que é **susceptível de se vedar ao financiador** da acção colectiva?

Eis o que o n.º 4 do normativo *subjudice* define:

“O financiador da acção colectiva não pode impor ou impedir o demandante de instaurar, desistir ou transigir no âmbito da acção, sendo nulas quaisquer cláusulas em sentido contrário.”

E no que tange a **honorários** ou **contrapartidas financeiras** que fará seus a entidade financiadora das acções colectivas, o que estabelece, pois, a lei em perspectiva?

“O acordo de financiamento relativo a uma acção colectiva em que o demandante exerça os poderes de representação previstos no n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, na sua redacção actual, não pode prever uma remuneração do financiador que vá para além de um valor justo e proporcional, avaliado à luz das características e factores de risco da acção colectiva em causa e do preço de mercado de tal financiamento.” (13)

E no que se prende com **incompatibilidades**, eis o que se pretende estatuir (n.º 6):

“São inadmissíveis as acções colectivas intentadas por um demandante que tenha celebrado um acordo de financiamento quando, pelo menos, um dos demandados na acção seja concorrente do financiador ou seja uma entidade da qual o financiador dependa.”

O incumprimento dos preceitos alusivos à independência do demandante, à nula injunção do financiador no que tange à condução da lide e das incompatibilidades

estatuídas, em tais hipóteses o tribunal convidará (n.º 7) o autor a, dentro de determinado prazo, recusar ou fazer alterações ao financiamento por terceiro de forma a garantir integral respeito pelo disposto na norma violada, devendo declarar a ilegitimidade activa do demandante caso as alterações necessárias se não processem no prazo que para o efeito lhe é assinado.

Consequências se acaso se declarar a ilegitimidade processual activa do demandante?

É o n.º 8 do citado artigo (o 10.º) que reza o que segue:

“Se a legitimidade activa do demandante for rejeitada nas circunstâncias previstas..., essa rejeição não afecta os direitos dos titulares dos interesses abrangidos pela acção colectiva em causa.”

Donde, *de jure condendo* se admitir de modo reflexo o financiamento por terceiros privados de acções colectivas instauradas por entidades associativas em representação dos consumidores com as restrições a que se conferiu precedentemente relevância, numa primeira abordagem ao fenómeno cujos desenvolvimentos pendem seus termos no seio das instâncias europeias de forma mais ampla e abarcante. (14)

III A POSTURA DO PARLAMENTO EUROPEU

1. A actividade dos financiadores de litígios na União: uma tentativa de consagração de um seu regime jurídico

1.1. Sistema de autorização

O Direito segregado pela União Europeia, importa significá-lo, seria neste particular meramente subsidiário. E relevaria de uma directiva de cuja transposição para o ordenamento interno os Estados-Membros se desobrigariam, como resulta, aliás, dos Tratados.

No documento predisposto em anexo à Resolução do Parlamento Europeu de 13 de Setembro de 2022 se preceitua que

Os Estados-membros podem determinar, em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, da admissibilidade dos acordos de financiamento por terceiros privados, não só das acções colectivas, como de acções de todo o jaez, estendendo-se obviamente às acções singulares que pessoas singulares (físicas) intentem instaurar.

A admissibilidade dos acordos de financiamento por terceiros não é pacífica nos ordenamentos jurídicos europeus, como se infere de sucessivas posições assumidas, nomeadamente por jurisconsultos nacionais em acção pendente [*Jus Omnibus versus Mastercard*] (15) no Tribunal da Concorrência, da Regulação e Supervisão.

A doutrina, em Portugal, propende majoritariamente para a admissibilidade de um tal pacto, conquanto Gomes Canotilho, Jónatas Machado e Malheiro de Magalhães (16), de par com Paulo Otero (17), entre outros, se situem na trincheira oposta.

As regras ora propostas consignam que só podem ser celebrados acordos de financiamento por terceiros em vista de processos da sua competência em prol de entidades dotadas de legitimidade para tutela de interesses e direitos dos consumidores e dos lesados domiciliados em seu território.

Se o ordenamento jurídico nacional o consentir, o Estado-membro respectivo criará um sistema de autorização e controlo das actividades dos financiadores de litígios no seu próprio espaço geográfico.

A Autoridade de Supervisão, dotada de autonomia e independência, que surgirá “ex novo”, desobrigar-se-á funcionalmente de atribuições e competências como as da concessão, suspensão ou revogação das autorizações cometidas aos financiadores de litígios e de inspecção e controlo das actividades desenvolvidas no segmento de que se trata.

O sistema de autorização que vier a ser instaurado apenas se dirigirá às actividades desenvolvidas e imbricadas na oferta de contratos de financiamento por terceiros pelos que de modo habitual e reiterado se consagram a tais mesteres.

Se os financiadores de litígios se propuserem prestar outros serviços, designadamente jurídicos, financeiros ou de gestão de sinistros supervisionados por uma qualquer outra autoridade na União Europeia, as regras patentes na Directiva, ora em perspectiva, não prejudicam eventual sistema de supervisão e autorização vigente.

1.2. Condições de autorização

Os Estados-membros criarão e instalarão, como se assinalou no passo precedente, uma Autoridade de Supervisão independente cuja missão será a de prover à autorização de funcionamento dos financiadores de litígios estabelecidos em território sob sua jurisdição, a que cumpra propor acordos de financiamento a entidades dotadas de legitimidade processual para acções singulares e colectivas e seus beneficiários ou em relação a processos que decorram perante a competente jurisdição.

Os Estados-membros assegurarão ainda que as autoridades de supervisão apenas concedam ou mantenham autorizações de funcionamento, quer para litígios que decorram na órbita da jurisdição nacional quer para controvérsias judiciais à escala transfronteiriça, a entidades financiadoras de acções que cumpram os pressupostos estatuídos no documento sob análise e que satisfaçam, para além de critérios outros de adequação ou de diversa índole estabelecidos na legislação nacional, ao menos os seguintes:

(i) Acharem-se estabelecidas e com sede social em um Estado-Membro onde exercerão a sua actividade, dispondo para o efeito de uma autorização concedida em um tal

espaço geográfico para nele exercer a sorte de actividades aparelhadas ao seu objecto social;

(ii) Comprometerem-se a celebrar acordos de financiamento sujeitos à legislação do Estado-membro de que se trate em vista de um qualquer processo previsto ou, se for diferente, do Estado-membro do demandante ou dos beneficiários respectivos;

(iii) Demonstrarem, de forma convincente para a autoridade de supervisão, que adoptam procedimentos e dispõem de estruturas de governança susceptíveis de assegurar o cumprimento permanente dos ditames da directiva de que se trata, dos requisitos de transparência e das relações fiduciárias nela previstos, e que definiram procedimentos internos tendentes a evitar conflitos de interesses entre si e os demandados em processos que envolvam o próprio financiador de litígios

(iv) Cumprirem os requisitos de adequação dos fundos próprios a que se refere o ponto 1.3. *infra*; e

(v) Procederem à demonstração perante a autoridade de supervisão de que dispõem de governança e adoptam os procedimentos necessários a garantir o cumprimento e o respeito dos deveres fiduciários (18) na lei prescritos.

Aos Estados-membros cumpre reconhecer, em termos de reciprocidade, a autorização concedida a tais entidades noutro qualquer espaço nacional no seio da União Europeia, concedendo automaticamente, por conseguinte, permissão para operar na geografia de que se trata, desde que a autorização inicial não haja obviamente caducado ou sido denegada subsequentemente.

O sistema de autorização previsto precedentemente não prejudica a concreta aplicação do direito da União que rege a prestação de serviços financeiros, as actividades de investimento e a protecção da carta de direitos do consumidor.

1.3. Adequação dos fundos próprios aos objectivos assinados

A solvabilidade dos Fundos constitui imperativo indeclinável. Por óbvias razões de sustentabilidade das entidades que se abalancem ao exercício da actividade de financiamento do acesso à Justiça de instituições, não raro, hipossuficientes.

E de tal necessidade se ocupa a União Europeia no documento que o Parlamento Europeu deu, ainda não há muito, à estampa.

Nesse sentido, aos Estados-membros incumbe assegurar que as autoridades de supervisão se achem habilitadas a verificar se as entidades financiadoras de litígios dispõem, em qualquer momento, de recursos financeiros adequados ao cumprimento das obrigações decorrentes dos acordos de financiamento a que se hajam adscrito.

Em especial, às autoridades de supervisão e controlo cumpre assegurar que os financiadores de litígios reúnam capacidade económico-financeira para

- (i) Solver por inteiro os compromissos decorrentes dos acordos de financiamento celebrados quando se tornem judicialmente exigíveis; e
- (ii) Financiar na íntegra as fases de um qualquer processo judicial a que se hajam vinculado, incluindo a audiência de julgamento e a subsequente fase eventual dos recursos, se for obviamente caso disso.

Aos Estados-membros cumpre de análogo modo assegurar que os financiadores de litígios procedam à demonstração de que cumprem os critérios enunciados no passo precedente, a saber, que honrarão os compromissos assumidos e garantam o financiamento dos processos em todas as suas fases, designadamente na das impugnações das decisões de mérito, designadamente mediante a apresentação de um certificado ou atestado de um qualquer regime de seguro susceptível de cobrir integralmente todos os encargos assinalados, se necessário.

Habilitarão ainda as autoridades de supervisão por forma a que verifiquem se os financiadores de litígios registam, em qualquer momento, níveis de liquidez mínima indispensável para solver integralmente todos os custos adversos previsíveis (as denominadas ‘responsabilidades negativas’) em todos, mas em todos os processos que hajam deveras financiado.

Os tribunais dotar-se-ão de poderes que lhes permitam instar os financiadores de litígios a fornecer garantias para a globalidade dos encargos assumidos sob as formas admitidas na legislação nacional, caso o demandante o requeira com base em preocupantes sinais reveladores de uma qualquer inconsistência específica detectada.

É lícito aos Estados-membros criar um ‘fundo de seguro’ específico destinado a cobrir os encargos pendentes dos demandantes que hajam accionado os mecanismos jurisdicionais de boa-fé, caso o financiador de litígios se torne insolvente na pendência dos autos.

Se o Fundo for constituído por alta recriação de um qualquer Estado-membro, cumpre-lhe assegurar a sua gestão pública e o seu financiamento através de contribuições ou taxas anuais a satisfazer pelos financiadores de litígios autorizados.

Esta girândola de responsabilidades visa garantir que os fundos se tornem, em actuação nestes domínios, não figuras efémeras e financeiramente irresponsáveis e inconsistentes, mas estruturas com suficiente solidez económico-financeira que assumam compromissos e os honrem de cabo-a-rabo, como sói dizer-se.

2. Actividade dos financiadores de litígios: sua actuação no Espaço Económico Europeu

Os financiadores de litígios que desenvolvam a sua actividade no Espaço Económico Europeu (os 27 Estados-membros da União Europeia, a que acrescem a Noruega, a Islândia e o Liechtenstein), a mais que a obediência a uma Carta Ético-Deontológica de pendor auto-regulatório que mister seria esboçar, comprometem-se a agir, nos termos de tais acordos, *ex aequo et bono*, com efectiva transparência e a observância de um dever fiduciário de diligência que os obrigará a intervir no interesse superior do autor ou demandante da pretensão que eventualmente se deduzir em juízo, que não no próprio.

Sempre que um demandante pretenda instaurar uma acção em nome de eventuais interessados, *v. g.*, uma associação dotada de *legitimatío ad causam*, em representação de uma hoste de consumidores, o financiador do litígio obrigar-se-á a um dever fiduciário para com o universo de interessados nela englobados.

Os financiadores de litígios obrigar-se-ão a actuar congruentemente ante o dever fiduciário a que se adscrevem no decurso do processo que se vier a instaurar.

Se se lhe depararem eventuais conflitos de interesse com os dos demandantes e seus representados, o financiador do litígio deve comprometer-se a colocar os interesses dos titulares da acção acima dos que se insinuarem ou inscreverem na sua própria esfera.

3. Autoridade de Supervisão e Controlo

3.1. Atribuições e competências

Aos Estados-membros cumpre assegurar que às autoridades de supervisão se outorguem poderes que as habilitem a verificar se os financiadores de litígios dispõem de um sistema de governança e de procedimentos internos que garantam que os acordos de financiamento que celebram se baseiam em uma relação fiduciária congruente e consequente.

Não obstante o procedimento de reclamação adoptado, no caso de uma acção judicial que envolva o financiador do litígio e penda seus termos na instância competente, as objecções manifestadas pelo demandante em um tal processo relativamente ao cumprimento, por parte do aludido financiador, das obrigações que lhe incumbem por força das normas vigentes e da legislação nacional aplicável, devem ser objecto de apreciação pelo órgão de judicatura competente “*ratione materiae*”.

As Autoridades de Supervisão devem, nomeadamente, estar habilitadas a

- (i) Receber dos financiadores de litígios os pedidos de autorização e quaisquer informações necessárias para efeitos de apreciação de tais pretensões, decidindo-os em tempo útil;
- (ii) Tomar as decisões necessárias para concessão ou recusa da autorização a qualquer aspirante a financiador de litígios, para revogação da autorização ou imposição de condições, restrições ou sanções a qualquer financiador de litígios autorizado;

(iii) Decidir sobre a adequação e a idoneidade de uma entidade financiadora de litígios, nomeadamente por referência à sua experiência, reputação, processos internos para se subtrair (a) e a resolver conflitos de interesses;

(iv) Publicar no seu sítio Web eventual decisão das enunciadas em (ii), com salvaguarda do sigilo comercial, se tal se impuser;

(v) Avaliar, ao menos com periodicidade anual, se um financiador de litígios autorizado cumpre os critérios de concessão referenciados, diligenciando por que tal autorização se suspenda ou retire se o visado deixar de cumprir um ou mais dos critérios exigíveis: a suspensão ou revogação não afectará os direitos dos demandantes e demais interessados nos autos em que o financiador possa estar envolvido; e

(vi) no âmbito do sistema reclamatório, receber e investigar denúncias atinentes à conduta de um financiador e o cumprimento das disposições em torno dos acordos de financiamento e de quaisquer outros requisitos cuja previsão conste do ordenamento nacional.

Os Estados-membros proverão a que os financiadores de litígios notifiquem sem demora injustificada a autoridade de supervisão de quaisquer alterações que afectem a sua conformidade com os requisitos de adequação dos fundos próprios a que noutro passo se alude. E assegurarão, ademais, que os financiadores certifiquem anualmente a irrepreensível observância dos requisitos que no caso couberem.

As autoridades de supervisão passarão invariavelmente em revista as relações fiduciárias entre os financiadores de litígios e os legitimados processuais e demais interessados e emitirão directrizes tendentes a garantir a tutela dos interessados, dos legitimados processuais e seus representados.

3.2. Actividade inspectiva: denúncias

Os Estados-membros proverão a que se adopte um sistema procedimental de reclamações ao alcance das pessoas singulares ou colectivas que se proponham lavrar os seus protestos ou denunciar situações que retratem condutas desviantes dos financiadores privados de litígios.

Cabe à Autoridade de Supervisão a actividade inspectiva e de gestão do acervo de reclamações contra actos dos financiadores privados de litígios e a inflicção de sanções que vierem a integrar as correspondentes molduras legais.

A Autoridade de Supervisão zela ainda, de ofício, pelo cumprimento pelos financiadores de litígios das obrigações que lhes incumbem por força da normas que emanem dos textos em apreciação e da legislação nacional editada ou a editar aplicável.

Aos Estados-Membros cumpre assegurar, pois, um sistema de reclamações que permita a recepção e investigação do seu conteúdo lavrado pelos denunciantes.

No âmbito de um tal sistema, assegurarão que as autoridades de supervisão e controlo se capacitem por forma a avaliar, sem demora injustificada, se um financiador de litígios obedece às obrigações ou condições associadas à sua autorização, às disposições que emanarem d direito posto e quaisquer outros requisitos aplicáveis ao abrigo dos regimes jurídicos internos.

Em um tal quadro, arrolar-se-ão os poderes-deveres das autoridades nacionais de supervisão que terão de se achar habilitadas a:

- (i) investigar as denúncias recebidas de qualquer pessoa singular ou colectiva, de harmonia com as prescrições vigentes;
- (ii) investigar de análogo modo as denúncias veiculadas por qualquer outra autoridade ou pela própria Comissão Europeia;
- (iii) proceder a investigações oficiosamente desde que para tanto os elementos disponíveis obriguem a um tal desencadeamento procedimental ou processual;
- (iv) dar início a investigações na sequência de eventual recomendação de um tribunal que suscite dúvidas acerca de processo que nele penda seus termos no que toca ao cumprimento pelo financiador de litígios das obrigações ou condições associadas à autorização para a correspondente actividade que lhe haja sido oportunamente deferida.

Este vasto leque de atribuições e competências tem de ser judiciosamente exercido no quadro das regras de uma eficiente administração que cumpre criteriosamente observar, sem eventuais tergiversações, no decurso das missões inspectivas que estatutariamente se lhes cometam.

3.3. Vias de cooperação e coordenação no plano intra-europeu

As directrizes em vista da indispensável cooperação no seio do Mercado Interno das autoridades de supervisão de cada um dos Estados-membros

O documento em apreciação estatui que

“Os Estados-membros assegurarão que as Autoridades de Supervisão apliquem as normas” de que vier a tecer-se o regime de que ora se cura em estreita cooperação com as autoridades homólogas dos demais espaços geográficos da União Europeia e do Espaço Económico Europeu.

À Comissão Europeia cumpre supervisionar e coordenar as actividades de tais autoridades no desempenho das funções em esboço nos dispositivos que se vierem a desenhar, cabendo-lhe a convocação de tais entidades sempre que o entenda oportuno e conveniente.

A Comissão Europeia preside à Rede de autoridades de supervisão.

A Comissão adopta ainda actos delegados (19), a fim de completar os termos do instrumento que vier a ser promulgado (com base no anexo à Resolução de 13 de Setembro de 2022 do Parlamento Europeu ou outra que a própria Comissão entenda propor), estabelecendo as modalidades de cooperação no âmbito da rede de autoridades de supervisão.

A Comissão elaborará as bases do instrumento de cooperação e promoverá a sua revisão periódica, em estreita cooperação com as autoridades de supervisão nacionais.

É lícito às autoridades de supervisão dirigir consultas, como se equaciona, a Comissão Europeia acerca de questões atinentes à aplicação do regime que se vier a instituir.

A Comissão emitirá directrizes, orientações, recomendações, comunicações sobre as práticas mais adequadas e formulará pareceres consultivos às autoridades de supervisão sobre os termos do direito aplicável, suprimindo eventuais e aparentes incoerências a tal propósito detectadas, ou sobre os modos de supervisão das entidades financiadoras de litígios.

A Comissão pode criar, nomeadamente, um centro de competências por forma a oferecer qualificados conhecimentos especializados às autoridades judiciais que o requeiram, em particular no que tange à forma de avaliação das actividades dos financiadores de litígios na União Europeia.

As autoridades de supervisão, cada uma de per si, elaboram uma lista de financiadores de litígios autorizados, e do facto notificam a Comissão Europeia.

Sempre que ocorram alterações, a lista será objecto de actualização e do facto notificada a Comissão Europeia.

O público em geral terá acesso à lista em plataforma adrede projectada.

As autoridades de supervisão comunicam, a instâncias de quem quer, à Comissão Europeia e às suas congéneres os pormenores das decisões tomadas relativamente à supervisão a que se sujeitam as entidades financiadoras de litígios sob sua alçada, numa saudável permita de informações de que todos beneficiarão, é facto.

Sempre que um financiador de litígios se propuser solicitar autorização a uma autoridade de supervisão e, posteriormente, o dirigir a uma outra para o início de actividade em distinto espaço geográfico, tais autoridades tenderão a coordenar entre si procedimentos, partilhando informações na medida do necessário, a fim de as decisões que houver de proferir se pautarem por critérios de coerência, harmonia e compatibilidade, haja em vista naturalmente as regras nacionais divergentes que regem as situações fácticas sob análise.

Se uma entidade financiadora de litígios for autorizada a exercer a sua actividade num dado Estado-membro, mas pretender, entretanto, propor um acordo de financiamento em benefício de um demandante e dos demais interessados seus representados noutro

Estado-membro, deve apresentar prova da autorização concedida pela autoridade de supervisão do Estado-membro de origem. Se a autoridade de supervisão do Estado-membro de destino tiver conhecimento de irregularidades na conduta do financiador do litígio, deve de modo directo e imediato notificar a congénere responsável pela acreditação primeira.

É vasto o leque de procedimentos em vista de uma salutar cooperação e coordenação institucional, em rede, de molde a que o desencadeamento das actividades neste particular não padeça de eventuais incongruências, incompatibilidades e disfunções descaracterizantes da aplicação homogénea e concertada de princípios e regras que se hajam estatuído no Espaço Económico Europeu.

IV ACORDOS DE FINANCIAMENTO

1. Acordos: noção, admissibilidade, formalidades

A proposta em apreciação define acordo de financiamento por terceiro como

“um pacto em que um financiador de litígios aceita financiar a totalidade ou parte dos custos do processo em troca do recebimento de uma parte do montante pecuniário atribuído ao requerente ou de uma taxa de sucesso, a fim de reembolsar o financiador de litígios pelo financiamento que forneceu e, se for caso disso, cobrir a sua remuneração pelo serviço prestado, com base total ou parcialmente no resultado do processo. Esta definição abrange todos os acordos em que tal recompensa é acordada, quer seja oferecida como um serviço independente, quer seja obtida através de uma compra ou cessão do crédito”

Os autores configuram-no, os acordos, como algo de indispensável no actual contexto, dada a consabida dificuldade em se garantir o direito de acção colectiva pelos inoportáveis dispêndios que uma acção de um tal jaez normalmente acarreta.

2. Conteúdo dos acordos: requisitos de transparência e prevenção de conflitos de interesses

2.1. Forma legal prescrita e conteúdo dos acordos

No que tange ao conteúdo dos acordos de financiamento por terceiros, do documento em apreciação emerge a proposição segundo a qual

“ os acordos de financiamento serão redigidos por escrito numa das línguas oficiais do Estado-membro em que residem [demandante e interessados por si representados] apresentados de forma clara e facilmente compreensível e que incluam, no mínimo” um sem-número de cláusulas, a saber:

- (i) os diferentes custos e despesas que o financiador do litígio cobrirá;
- (ii) a parte da indemnização ou os honorários pago ao financiador do litígio ou a qualquer outro terceiro, ou os demais custos financeiros a suportar, directa ou indirectamente, pelos demandantes e ou interessados seus representados ;
- (iii) uma referência à responsabilidade do financiador do litígio no que toca a custos adversos, a saber, as denominadas despesas negativas, custas processuais e demais encargos emolumentares;
- (iv) uma cláusula que especifique que quaisquer prémios dos quais sejam dedutíveis os honorários do financiador serão pagos na íntegra, em primeiro lugar, aos demandantes, que poderão então pagar subsequentemente eventuais montantes acordados aos financiadores de litígios a título de honorários ou comissões, retendo, pelo menos, os montantes mínimos previstos no presente texto (...);
- (v) os riscos que demandantes e ou interessados seus representados assumem, em que se incluem
 - i.i. a possibilidade de aumento dos custos do litígio e a forma como isso afecta os interesses financeiros dos demandantes e ou interessados seus representados;
 - i.ii. as circunstâncias estritamente definidas em que o acordo de financiamento de terceiros pode ser objecto de resolução e os riscos para demandantes e ou interessados seus representados em um tal cenário, e
 - i.iii. qualquer risco potencial de ter de suportar encargos adversos, em que e incluem as hipóteses em que o seguro de custos adversos ou as indemnizações possam não cobrir uma tal exposição.
- (vi) declaração de exoneração de responsabilidade atinente à não- condicionalidade do financiamento em relação a actos processuais;
- (vii) declaração de ausência de conflito de interesses por parte do financiador do litígio.

O acordo de financiamento está, pois, sujeito à forma legal prescrita e as menções obrigatórias dele constantes estão expressamente consignadas nos instrumentos que se vierem a converter em normativos dotados de força cogente.

2.2. Requisitos de transparência e prevenção de conflitos de interesses

Os financiadores de litígios estabelecerão consequente política e aplicarão internamente adequados processos tendentes a evitar e a superar eventuais conflitos de interesses:

política e processos que se devem ajustar à natureza, à escala e à complexidade das actividades do financiador de litígios e serão definidos por escrito e colocados à disposição do público no respectivo sítio Web. Em anexo indicar-se-á um qualquer acordo de financiamento de terceiros.

Exigir-se-á que no acordo de financiamento de terceiros os financiadores de litígios revelem ao demandado e interessados seus representados informações que possam ser razoavelmente consideradas susceptíveis de dar origem a um conflito de interesses.

Tais informações devem incluir, pelo menos, os seguintes dados

- (i) pormenores de quaisquer acordos existentes, financeiros ou de distinta natureza, entre o financiador do litígio e qualquer outra empresa com implicações no processo, incluindo eventuais compromissos com qualquer ente dotado de legitimidade processual activa relevante, agregador de pedidos de indemnização, advogados ou qualquer outra parte interessada;
- (ii) informações pormenorizadas sobre qualquer ligação relevante entre o financiador do litígio e o demandado nos autos, em especial no que se refere a uma eventual situação de concorrência...

3. Das cláusulas dos acordos e suas afecções: da nulidade dos acordos e suas cláusulas

Os Estados-membros assegurarão que os acordos de financiamento por terceiros celebrados com pessoas singulares ou colectivas não autorizadas a agir como financiadores de litígios não produzam quaisquer efeitos jurídicos: serão feridos de nulidade e nenhuma eficácia se lhes reconhecerá.

Assegurarão ainda se não autorize que terceiros financiadores influenciem as decisões do legitimado-demandante na pendência dos autos de molde a beneficiar o próprio financiador do litígio em detrimento dos interessados neles representados.

Eventual cláusula dos acordos de financiamento que conceda a um financiador de litígios o poder de tomar ou influenciar decisões no âmbito de uma dada acção não produzirá, pois, quaisquer efeitos jurídicos.

Não produz efeitos jurídicos, nomeadamente, qualquer cláusula ou estipulação negocial que consista em:

- (i) a concessão de poderes explícitos a um financiador de litígios para tomar ou influenciar decisões na pendência dos autos, nomeadamente quanto às acções específicas intentadas, à desistência ou à transacção dos termos da lide ou à gestão de despesas associadas ao processo;

(ii) a disponibilização de capital ou de qualquer outro recurso monetário para efeitos processuais, condicionada à aprovação por terceiros financiadores do seu específico emprego ou afectação.

Os Estados-membros decretarão a ineficácia dos acordos em que o financiador de litígios haja a garantia de perceber um rendimento mínimo do seu investimento antes de a entidade demandante ou os interessados por si representados poder auferir a parte que lhes compete.

Salvo circunstâncias excepcionais, será também ineficaz, não produzindo, pois, quaisquer efeitos jurídicos, o acordo de financiamento de litígios que conferir ao financiador o direito a uma parte do montante decretado por sentença ou acórdão que dilua a parte disponível para o demandante e seus representados para 60 % ou menos da decisão total, incluindo os montantes indemnizatórios, custos, honorários e outros encargos.

Os Estados-membros assegurarão que os acordos de financiamento por terceiros não contenham disposições que limitem a responsabilidade do financiador em caso de condenação em custas na sequência de processo que não haja logrado vencimento.

As estipulações que intentem limitar a responsabilidade do financiador de litígios pelas custas processuais devidas não produzem quaisquer efeitos jurídicos.

Os Estados-membros assegurarão ainda que as condições que regem os acordos de financiamento por terceiros não permitam a retirada de um tal financiamento, excepto em circunstâncias específicas definidas pelo direito nacional em vigor.

As entidades demandantes e seus representantes serão indemnizados por quaisquer prejuízos causados por um financiador de litígios que haja celebrado um acordo de financiamento por terceiros ferido de invalidade, *maxime* de nulidade.

Os direitos dos demandantes e demais interessados seus representados não serão *in casu* de nenhum modo afectados.

3.1. Poderes-deveres dos órgãos de judicatura: a apreciação da validade substancial dos acordos

Há como que uma exigência de poderes reforçados a conferir à judicatura em vista das circunstâncias que rodeiam a actividade de financiamento das lides por terceiros privados.

Desde logo, aos titulares dos órgãos se deve cometer poderes para aceder a informações relevantes das actividades de financiamento de litígios nos processos judiciais que lhes hajam sido distribuídos.

Aos magistrados titulares dos competentes órgãos de judicatura se conferem poderes-deveres que lhes permitam notificar os demandados sempre que as acções colectivas ou

singulares sejam objecto de financiamento por terceiros, de molde a que possam exercer adequadamente o “*audiatur et altera pars*”.

Sempre que um acordo de financiamento por terceiros seja relevante para a acção cujos termos se deduziram em juízo, incumbe ao julgador avaliar se um tal acordo se acha em conformidade com o que emergir do documento ora em análise, obrigando-se a revê-lo, se necessário, quer a instâncias de um dos pleiteantes, quer officiosamente, quer ainda na sequência de recurso interposto contra a decisão administrativa de uma autoridade de supervisão que se haja tornado definitiva.

De entre os poderes reconhecidos aos julgadores sobrevém o de os acordos poderem ser objecto de criteriosa revisão desde que hajam sido definidos em descompensação e detrimento de demandados e interessados seus representados, ou seja, desde que se trate de acordos desproporcionados, temerários, exorbitantes, leoninos...

Os poderes-deveres do julgador, em sua amplitude manifesta, terão de se estender ao conteúdo íntimo do acordo de harmonia com os critérios ínsitos em 3.2. *infra*.

Ademais, no limite afigura-se-nos que se o pretense acordo for de tal maneira atentatório dos mais elementares princípios, ao julgador é lícito recusar liminarmente a legitimidade processual ao demandante sem que os direitos dos interessados nos autos representados sejam afectados, como ocorre, hoje em dia, com os acordos de financiamento no âmbito da Directiva 2020/1828, de 25 de Novembro, que rege em matéria de acções colectivas.

[Os Estados-membros asseguram que... os tribunais ... tenham poderes para adoptar as medidas adequadas, como exigir à entidade [dotada de legitimidade processual] que recuse ou faça alterações ao financiamento em causa e, se for caso disso, rejeitar a legitimidade de [uma tal entidade] numa determinada acção colectiva. Se a legitimidade do entidade [...] for rejeitada numa determinada acção colectiva, essa rejeição não afecta os direitos dos consumidores abrangidos por essa acção colectiva (n.º 4 do artigo 10.º da Directiva 2020/1828, de 25 de Novembro de 2020)].

Daí que o princípio do inquisitório ou da oficialidade prepondere neste particular, investido que se acha o julgador em poderes extraordinários que lhe permitam, em tudo, controlar os autos ante eventual intervenção invasiva do terceiro financiador, como se tem por elementar.

3.2. Revisão dos acordos e seus termos pelos órgãos de judicatura

No quadro dos poderes inquisitórios cometidos à jurisdição, incumbe ao julgador proceder à revisão dos acordos de financiamento *ex officio* de molde a obtemperar

eventuais excessos que tendam a desvirtuar a natureza do pacto ou se traduzem em locupletamento ilícito em detrimento dos lesados, parte nos autos.

Daf que os Estados-membros devam cometer a tribunal competente as distintos poderes-deveres na mancha das suas funções jurisdicionais para que o documento *sub judice* precipuamente aponta.

Aí se deve especificar, nomeadamente, que o tribunal *a quo*, que aprecie acção com suporte em financiamento privado, controlará, sem detença, sem delongas desmarcadas, e a rogo de um dos litigantes ou *ex officio*, o impacto dos acordos de financiamento nos autos em apreciação, exercendo uma pletora de poderes que se traduzem em:

(i) ordenar ou transmitir instruções vinculativas dirigidas ao financiador de litígios, tais como exigir que dispense o financiamento como acordado fora no correspondente pacto relevante ou exigir que proceda a alterações no que tange ao financiamento relevante para a instauração da acção;

(ii) Avaliar a conformidade de cada um dos acordos de financiamento por terceiros com as disposições legais ao tempo vigentes, em especial com o dever fiduciário devido aos demandantes e interessados seus representados, e, caso se verifique que o acordo não é conforme, ordenar ao financiador do litígio que proceda às alterações necessárias ou declarando a nulidade de uma qualquer cláusula nos termos assinalados;

(iii) Avaliar a conformidade de cada um dos acordos de financiamento por terceiros no que respeita aos requisitos de transparência por lei estatuídos;

(iv) Avaliar se um acordo de financiamento por terceiros confere a um financiador de litígios o direito a uma parte injusta, desproporcionada ou não razoável da indemnização que vier a ser arbitrada.

Os Estados-membros especificarão que, ao procederem a uma tal avaliação, os tribunais competentes podem tomar em consideração as características e as circunstâncias do aventado processo ou em tramitação, incluindo, se for caso disso

(i.i) os litigantes, bem como os interessados nos autos, e o que entenderam ser acordado no tocante ao montante que o financiador de litígios receberia ao abrigo do acordo de financiamento, em caso de vencimento da lide;

(i.ii) o valor provável de uma qualquer indemnização;

(i.iii) o valor da contribuição financeira do financiador de litígios e a proporção dos custos globais do demandante, financiada pelo identificado financiador, e

(i.iv) a proporção de uma qualquer indemnização que demandante e interessados representados possam vir a receber;

(i.v) Impor qualquer sanção que o tribunal considere adequada para garantir o cumprimento dos termos dom que vier a ser legislado a tal propósito;

(i.vi) Consultar ou determinar uma peritagem de pessoas com a “expertise” e a independência necessárias para o exercício dos poderes de apreciação que nos tribunais radicam, nomeadamente das qualificações dos peritos ou das autoridades de supervisão cuja intervenção se determine.

Com uma tal especificação, os órgãos de judicatura exercem uma mancha de poderes que visam repropor equilíbrios, onde desequilíbrios se insinuem ou manifestem, colmatar brechas e, quiçá, fulminar pactos leoninos particularmente ruinosos para os lesados representados nas acções instauradas pelos legitimados processuais.

Curial será que os tribunais competentes se adaptem a um exercício criterioso de apreciação dos cambiantes que nos acordos de financiamento por terceiros se imiscuem de molde a captar-lhes sentido e alcance, barrando propósitos malsãos que amiúde se acham patentes em tais instrumentos.

3.3. Divulgação dos acordos de financiamento por terceiros

Incumbe aos Estados-membros assegurar que demandantes ou seus representados se obriguem a transmitir ao tribunal competente os acordos de financiamento entre si celebrados e os terceiros financiadores. De que constarão, desde logo, a identidade do financiador do litígio sem quaisquer subterfúgios, tal como se exige nos requisitos de forma a que tais pactos força é obedeçam.

Para o efeito, deve ser depositada em tribunal uma cópia integral (que não sincopada; nos textos diz-se ‘não censurada’) dos acordos de financiamento, na fase liminar das acções, senão mesmo em termos de junção ao articulado inicial.

Os Estados-membros assegurarão de modo análogo que os demandados sejam informados pelo tribunal do facto de haver na acção, entretanto instaurada, subjacentemente um acordo de financiamento por terceiros privados, impondo-se a revelação da identidade inteira do financiador do litígio para efeitos de escrutínio de banda da contraparte.

Os tribunais competentes habilitar-se-ão à revisão dos termos do acordo de financiamento por terceiros, se qualquer dos litigantes o impetrar, se se suscitarem justificadas dúvidas acerca da conformidade de um tal acordo com os normativos vigentes, ao tempo, e qualquer outra legislação nacional aplicável.

Os tribunais competentes reservam-se, porém, oficiosamente tais poderes e exercem-nos sem necessidade de impulso processual de qualquer dos litigantes, sempre que judiciosamente o entendam.

V RESPONSABILIDADES

1. Das responsabilidades em geral

A actuação dos fundos de financiamento do acesso à justiça por instituições que relevam da sociedade civil cuja *legitimitatio ad causam* em geral se reconhece, é, quantas vezes, passível de um juízo de censura ético-jurídico a distintos níveis: quer no plano criminal, quer no de mera ordenação social (*Ordnungswidrigkeit*, sistema alemão que Portugal adoptou com adaptações), quer ainda no estritamente cível.

No domínio criminal ou penal, a tipologia dos crimes da actividade mercantil das empresas é susceptível de se aplicar, mormente no que tange ainda a serviços financeiros e de investimento, com normas adequadas às condutas desviantes que operam em tais segmentos.

No domínio contra-ordenacional (uma sorte de um direito penal de segunda classe sem penas detentivas ou privativas de liberdade, assente em sanções pecuniárias proporcionadas, dissuasivas e efectivas (para que o “crime” não compense, como ocorre em tantos dos patamares a que se ascende), o desenho das coimas terá de se ajustar aos desvios que se detectarem dos quadros de bens, interesses ou valores em causa, dada variedade que se nos depara em um tal congénho.

Mas há responsabilidades que avultam da ausência de liquidez de tais Fundos e, nesse particular, há que realçar as preocupações do legislador europeu em enquadrar convenientemente o acervo de situações susceptíveis de desencadear os mecanismos de tutela de banda dos demandantes cujo suporte financeiro pode, em regra, esfumar-se.

E esse é um ponto fulcral que ao legislador jamais poderia escapar.

E que se registará no passo subsequente.

2. Responsabilidades pelas despesas negativas

Se não dispuserem de recursos suficientes para fazer face às custas processuais, os Estados-membros devem assegurar que aos tribunais se outorgue competência para condenar nas custas as entidades financiadoras do litígio, conjunta ou solidariamente com os demandantes, na sequência de uma qualquer acção em que se não haja obtido ganho de causa ou, noutra formulação, que haja naufragado. Em tais circunstâncias, os tribunais podem condenar os financiadores de litígios em custas processuais adequadas, tendo em conta

(i) o valor e a proporção de qualquer indemnização que o financiador do litígio teria recebido se a acção houvesse sido bem sucedida, isto é, se se registasse a sua procedência;

(ii) a medida em que os encargos não satisfeitos por um financiador de litígios recairiam sobre o demandado, o demandante ou os representados na acção coenvolvidos

(iii) A conduta do financiador do litígio ao longo do processo e, em especial, o cumprimento dos termos em que a legislação aplicável assente e se a sua conduta contribuiu para o custo global do processo; e

(iv) o valor do investimento inicial do financiador do litígio.

3. Quadro sancionatório

No que tange à moldura das infracções administrativas ou contra-ordenacionais entretecida para as hipóteses de facto neste particular reveladas, dado que se trata de matéria cabível nos níveis de competência de cada um dos Estados-membros, eis o que a tal propósito o documento *sub judice* estabelece:

A determinação do regime sancionatório compete a cada um dos Estados-membros de *per si*.

Como se sustenta invariavelmente, sem excepção, as sanções previstas devem ser efectivas, proporcionadas e dissuasivas.

As autoridades de supervisão podem, nomeadamente, aplicar coimas ou multas administrativas (consoante os regimes) proporcionadas, calculadas com base no volume de negócios da empresa, retirar temporariamente ou por tempo indeterminado a autorização de funcionamento e impor outras sanções administrativas adequadas.

As coimas e as multas sempre que em causa se achem empresas de dimensão grande porte, cifram-se, em regra, em 4% do volume bruto de negócios reportado ao exercício do ano anterior ao da detecção dos ilícitos perpetrados.

NOTAS

- (1) Mário Frota (coordenação), Ângela Frota et allii, in “Das Acções Colectivas em Portugal”, Lisboa, DGC, Dezembro de 2006
- (2) “Da dimensão constitucional dos acordos de financiamento (*litigation funding agreements*) de acções populares indemnizatórias: um problema de abuso de direitos fundamentais”, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 82 n.ºs 3-4 (Jul.-Dez. 2022), p. 701-740
- (3) Aliás, a corrente doutrinária que se posta nos antípodas, de si numerosa, tende a engrossar com nomes como os de Carlos Blanco de Moraes, Mariana Melo Egídio, Jorge Reis Novais, Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis...
- (4) AFT - "Acordo de financiamento de terceiros", a saber, um acordo em que um financiador de litígios aceita financiar a totalidade ou parte dos custos do processo em troca do recebimento de uma parte do montante pecuniário atribuído ao demandante ou de uma taxa de sucesso, a fim de reembolsar o financiador de litígios pelo financiamento que forneceu e, se for caso disso, cobrir a sua remuneração pelo serviço prestado, com base total ou parcialmente no resultado do processo. Esta definição abrange todos os acordos em que tal recompensa é acordada, quer seja oferecida como

um serviço independente, quer seja obtida através de uma compra ou cessão do crédito.” (noção constante da proposta de directiva, na alínea h) do seu art.º 3.º).

- (5) Carlos Blanco de Moraes *et alli*, op. cit., in (6) *infra*, afirma que da definição gizada é possível retirar os seguintes elementos constitutivos: i) O AFT é um contrato de direito privado que envolve uma relação sinalagmática entre uma entidade financiadora privada e uma associação privada que tem por escopo a protecção do consumo (?) e a defesa dos consumidores; ii) Trata-se de um contrato atípico, pois o mesmo não se enquadra em nenhuma das categorias de contratos civis e comerciais previstos na lei, sendo apenas identificado como Acordo de Financiamento por Terceiros (AFT), reconduzível no comércio internacional, em particular no quadro da arbitragem, à figura geral do *Third Party Funding Agreement*; iii) o clausulado do AFT revela que se trata de um negócio jurídico complexo, pois nele convergem disposições contratuais oriundas de contratos típicos de direito civil e comercial sem que se consuma em nenhum deles (caso do mútuo, do mandato e de associação em participação; iv) o contrato é oneroso, pois estipula o pagamento à parte financiadora de uma contrapartida monetária pelo custeamento, por esta, da totalidade ou parte das despesas inerentes à acção contenciosa por ela proposta; v) A contrapartida monetária do investidor tem carácter aleatório, pois as partes não calculam com exactidão no momento da outorga do contrato, os ganhos e os sacrifícios que o mesmo pode ter para o financiador, que vai efectuar a sua prestação independentemente da procedência da acção que financia: o retorno do seu investimento e a sua remuneração não terão lugar se a acção for julgada improcedente e, mesmo em caso de sucesso, pode o mesmo não receber na íntegra os valores investidos e o *success fee* acordado, se os consumidores lesados reclamarem a totalidade ou uma boa parte da indemnização atribuída pelo tribunal ou se este reduzir o valor da remuneração [contratada].”
- (6) “Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de acções populares”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, LXIV, 2023, n.º 1, Tomo 1, pp. 405 ss.
- (7) O financiamento das acções colectivas e os fundos abutres, CONJUR, 27 de Setembro de 2023
- (8) Directiva UE 2020/1828, de 25 de Novembro, do Parlamento Europeu e do Conselho, que os Estados-membros deveriam ter transposto para os seus ordenamentos internos até 25 de Dezembro próximo passado. Ocorre, porém, que em Portugal tal não aconteceu por mor de um legislador relapso e contumaz que negligencia as suas obrigações estatutárias face aos Tratados da União, incumprindo sistematicamente as obrigações decorrentes dos instrumentos de adesão ao Bloco Regional em que se integra. Só a 31 de Outubro de 2023 se muniu o Governo da Lei de Autorização Legislativa – a L 60/2023 – para legislar, dentro dos limites nela estabelecidos, em matéria de acção colectiva europeia.
- (9) Para além das linhas preliminares ensaiadas na directiva de que se trata, realce para uma Resolução emanada Parlamento Europeu e conseqüente proposta de directiva que tende

a ocupar-se exclusivamente do financiamento das acções na União Europeia em vista do incremento que tais operações vêm sofrendo na generalidade dos Estados-membros.

A Resolução do Parlamento Europeu (a que vai apensa a enunciada proposta de directiva) remonta a 13 de Setembro de 2022.

E visa, como se define liminarmente, “estabelecer regras mínimas aplicáveis às entidades comerciais que financiam litígios de terceiros e às suas actividades autorizadas, prevendo um quadro para apoiar e proteger os demandantes financiados e os beneficiários previstos, incluindo, se for caso disso, aqueles cujos interesses são representados por entidades dotadas de legitimidade processual, em processos suportados total ou parcialmente pelo financiamento de litígios por terceiros. E estabelece salvaguardas para evitar conflitos de interesses, litigância abusiva, bem como a atribuição desproporcionada de prémios monetários aos financiadores de litígios, assegurando simultaneamente que o financiamento de litígios por terceiros permita aos demandantes e aos beneficiários previstos o acesso à justiça, garantindo a responsabilidade das empresas”.

(10) Já em momento anterior, o Parlamento Europeu e o Conselho fizeram publicar a Directiva 2014/104/UE, de 26 de Novembro de 2014, atinente às acções de indemnização por infracção às disposições do direito da concorrência dos Estados-membros e da União Europeia.

(11) Na lei de transposição para o ordenamento jurídico pátrio – Lei n.º 23/2018, de 05 de Junho – se estatui, no domínio da protecção dos consumidores, o que segue (art.º 19, sob o apodo “acção popular”):

“1 - Podem ser intentadas acções de indemnização por infracção ao direito da concorrência ao abrigo da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, na sua redacção actual, sendo-lhes ainda aplicável o disposto nos números seguintes.

2 - Têm legitimidade para intentar acções de indemnização por infracção ao direito da concorrência ao abrigo da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, na sua redacção actual, para além das entidades nela referidas:

a) As associações e fundações que tenham por fim a defesa dos consumidores; e
b) As associações de empresas cujos associados sejam lesados pela infracção ao direito da concorrência em causa, ainda que os respectivos objectivos estatutários não incluam a defesa da concorrência.

3 - A sentença condenatória determina os critérios de identificação dos lesados pela infracção ao direito da concorrência e de quantificação dos danos sofridos por cada lesado que seja individualmente identificado.

4 - Caso não estejam individualmente identificados todos os lesados, o juiz fixa um montante global da indemnização, nos termos do n.º 2 do artigo 9.º

5 - Quando se conclua que o montante global da indemnização fixado nos termos do n.º 3 não é suficiente para compensar os danos sofridos pelos lesados que foram entretanto individualmente identificados, o mesmo é distribuído pelos mesmos, proporcionalmente aos respectivos danos.

6 - A sentença condenatória indica a entidade responsável pela recepção, gestão e pagamento das indemnizações devidas a lesados não individualmente identificados, podendo ser designados para o efeito, designadamente, o autor, um ou vários lesados identificados na acção.

7 - As indemnizações que não sejam reclamadas pelos lesados num prazo razoável fixado pelo juiz da causa, ou parte delas, são afectas ao pagamento das custas, encargos, honorários e demais despesas incorridos pelo autor por força da acção.

8 - As indemnizações remanescentes que não sejam pagas em consequência de prescrição, ou de impossibilidade de identificação dos respectivos titulares reverterem 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 redacção actual.”

É com base no n.º 7 da disposição precedentemente transcrita que os Fundos-abutres se vêm avantajando com os remanescentes daí emergentes, já que em regra os lesados ou por insuficiência de prova ou por ignorância ou por qualquer razão mais ou menos plausível não reivindicam a sua quota-parte do bolo indemnizatório, dado o sistema instituído que é o do *opt-out* (Lei da Acção Popular: n.º 1 do artigo 15).

(12) Ao invés do que ocorre em Portugal, em que se outorga *legitimatio ad causam* aos cidadãos singularmente considerados e às associações e fundações que por escopo hajam os interesses imbricados na saúde pública, ambiente, qualidade de vida, protecção dos consumidores, património cultural e domínio público, de harmonia com o que prescreve a Lei da Acção Popular – Lei 83/95, de 31 de Agosto -, a Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2020, impõe um vasto conjunto de requisitos, no seu artigo 4.º, a saber:

- Tratar-se pessoa colectiva constituída nos termos do direito nacional do Estado-membro de designação
- Ter exercido, ao menos, doze meses de actividade pública efectiva na protecção dos interesses dos consumidores antes da formulação do pedido de designação;
- Do objecto social transparecer que se move por interesse legítimo na protecção dos direitos do consumidor;
- Tratar-se de uma instituição de escopo não egoístico (destituída de qualquer ânimo ou fim lucrativo);
- Não estar sujeita a eventual processo de insolvência nem haver sido declarada insolvente;

- Ser independente e insusceptível de influências exercidas por não consumidores, em especial por agentes económicos e outros, que revelem ter um interesse económico nas acções colectivas, nomeadamente no caso de financiamento por terceiros, e, para esse efeito,
- Revelar que estabeleceu procedimentos para obstar a uma tal influência, e bem assim para impedir conflitos de interesses entre a própria instituição, os seus financiadores e os interesses dos consumidores em presença;
- Tornar disponíveis publicamente, em linguagem clara e inteligível, por qualquer meio adequado, em especial no seu sítio Web, informações que revelem que a instituição cumpre os critérios precedentemente enunciados e informações acerca das fontes do seu financiamento em geral, a sua estrutura organizativa, de gestão e de participação, o seu objecto social e consequentes actividades.

Em Portugal, ao invés, a legitimatio ad causam de associações e fundações é aferida em razão dos requisitos plasmados no artigo 3.º da Lei da Acção Popular, a saber:

- Personalidade jurídica;
- O incluírem expressamente nas suas atribuições ou nos seus objectivos estatutários a tutelados interesses em causa no tipo de acção de que se trate;
- O não exercerem qualquer tipo de actividade económica concorrente com empresas ou titulares de profissões liberais.

(13) O que o n.º 1 do artigo 15 da Lei da Acção Popular estabelece expressamente é o que segue:

“Direito de exclusão por parte de titulares dos interesses em causa

“1 - Recebida petição de acção popular, serão citados os titulares dos interesses em causa na acção de que se trate, e não intervenientes nela, para o efeito de, no prazo fixado pelo juiz, passarem a intervir no processo a título principal, querendo, aceitando-o na fase em que se encontrar, e para declararem nos autos se aceitam ou não ser representados pelo autor ou se, pelo contrário, se excluem dessa representação, nomeadamente para o efeito de lhes não serem aplicáveis as decisões proferidas, sob pena de a sua passividade valer como aceitação, sem prejuízo do disposto no n.º 4.”

(14) A Lei de Autorização Legislativa acaba de vir a lume: Lei n.º 60/2023, de 31 de Outubro, que autoriza o Governo a transpor a Directiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a acções colectivas para protecção dos interesses dos consumidores (Diário da República n.º 211/2023 - I série -, de 31 de Outubro de 2023).

(15) Carlos Blanco de Morais *et alli*, op. cit., p. 413

(16) “Third Party Fundings” – dos acordos de financiamento remunerados através dos direitos de crédito dos representados: da sua ilegitimidade em face da ordem

jurídico-constitucional portuguesa”), Parecer junto ao P.º n.º 19/20. 5YQSTR que pende seus termos no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

- (17) “Da dimensão constitucional dos acordos de financiamento (“litigation funding agreements”) de acções populares indemnizatórias: um problema de abuso de direitos fundamentais”, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 82 n.ºs 3-4 (Jul.-Dez. 2022), p. 701-740.
- (18) De harmonia com a Wikipedia, “um dever fiduciário é o mais alto padrão de cuidado em matéria tanto de equidade como de direito. O fiduciário adscrive-se ao compromisso de lealdade à pessoa perante quem o dever se afirma (o " principal "), de tal sorte que é inadmissível um qualquer conflito de deveres entre o fiduciário e o principal.
- (19) .Dos textos da União Europeia: “Os regulamentos são actos jurídicos definidos no artigo 288 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). São de aplicação geral, obrigatórios em todos os seus elementos e directamente aplicáveis nos Estados-membros da UE.
 Importa referir, no entanto, que alguns regulamentos não se aplicam a todos os Estados-membros e que existem isenções, conhecidas como cláusulas de isenção, para alguns Estados-Membros, nomeadamente:
 a Dinamarca, por exemplo em algumas partes do espaço de liberdade, segurança e justiça e da união monetária;
 a Irlanda, por exemplo no caso do espaço de liberdade, segurança e justiça; e
 a Polónia, em partes da Carta dos Direitos Fundamentais da UE.
 A título de exemplo, quando decidiu tomar medidas para reforçar a protecção da saúde humana e do ambiente contra os riscos associados à utilização de substâncias químicas, a UE adoptou o Regulamento (CE) n.º 1907/2006 (conhecido como Regulamento REACH) sobre esta matéria.
 Os regulamentos fazem parte do direito derivado da UE. São adoptados pelas instituições da UE com base nos tratados e visam assegurar a aplicação uniforme do direito da União em toda a UE.
 Um regulamento pode ser um acto legislativo, delegado ou de execução. Se for adoptado na sequência de um processo legislativo especial ou ordinário pelo Conselho da União Europeia e pelo Parlamento Europeu, trata-se de um acto legislativo.
 O regulamento é de aplicação geral a categorias abstractas de pessoas (pessoas não identificadas) e é vinculativo na sua totalidade. A decisão, pelo contrário, pode especificar a quem se destina, sendo, portanto, vinculativa apenas para o respectivo destinatário.
 O regulamento tem de ser plenamente respeitado pelos destinatários abrangidos pelo seu âmbito de aplicação e é directamente aplicável nos Estados-Membros. Significa isto que:
 . é directamente aplicável após a sua entrada em vigor nos Estados-Membros, não precisando de ser transposto para o direito nacional;
 . pode estabelecer direitos e obrigações para os particulares, que podem, por conseguinte, invocá-los directamente junto dos tribunais nacionais;

. pode ser utilizado como referência por particulares na sua relação com outros particulares, com os Estados-membros e com as autoridades da UE.

O regulamento entra em vigor na data que definiu para o efeito ou, na sua falta, 20 dias após a sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia. Os regulamentos são aplicáveis de forma simultânea, automática e uniforme em toda a UE.

Regulamentos delegados

No âmbito do processo relativo aos actos delegados (artigo 290 do TFUE), a Comissão Europeia pode adoptar regulamentos delegados que complementem ou alterem determinados elementos não essenciais de um acto legislativo.

Regulamentos de execução

No âmbito do processo relativo aos actos de execução (artigo 291 do TFUE), a Comissão e, em casos excepcionais, o Conselho podem adoptar regulamentos para a execução de legislação que exija uma aplicação uniforme na UE. As competências de execução da Comissão têm de ser exercidas em conformidade com o Regulamento (UE) n.º 182/2011.

As instituições europeias podem igualmente adoptar regulamentos de execução para o Fundo Social Europeu e o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional. Este tipo de regulamento é definido nos artigos 164 e 178 do TFUE.”

BIBLIOGRAFIA

Paula Costa e Silva e Nuno Trigo Reis, “*Private Enforcement e Tutela Colectiva*”. Livraria Almedina, Coimbra, 2022

Carlos Branco de Moraes e Mariana Melo Egídio, “Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de acções populares”, in “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, ano XXIV, n.º 1, tomo 2, págs. 405 – 442.

Paulo Otero, Da dimensão constitucional dos acordos de financiamento (“litigation funding agreements”) de acções populares indemnizatórias: um problema de abuso de direitos fundamentais”, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 82 n. 3-4 (Jul.-Dez. 2022), p. 701-740

Paulo Paes Marques, Acção Popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional, in “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, ano XXIV, n.º 1, tomo 2, págs. 801 – 826

Mário Frota, “A acção colectiva europeia em vias de reformulação (“The redrafting of the european representative action”)”, Revista de Processo, ed. Revista dos Tribunais, Thomson Reuter, São Paulo, n.º 335, Janeiro de 2023.

Mário Frota (coordenador), Ângela Frota, Cristina Freitas, Teresa Madeira, “ Das Acções Colectivas em Portugal”, edição DGC, Dezembro de 2006, 208 págs.

Mário Frota, “O acesso à justiça como fluorescente mercado de serviços?”, in “Jornais Regionais”, Portugal, semana de 28 de Agosto de 2023

Submetido em 10.01.2023

Aceito em 20.02.2023