

DA DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DOS ACORDOS DE FINANCIAMENTO (“LITIGATION FUNDING AGREEMENTS”) DE AÇÕES POPULARES INDEMNIZATÓRIAS: UM PROBLEMA DE ABUSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pelo Prof. Doutor PAULO OTERO()*

SUMÁRIO:

§1.º Introdução. **§2.º Do exercício inadmissível de posições jurídicas: o abuso de direitos fundamentais:** *A)* Colocação do problema: ideias preliminares; *B)* O exercício inadmissível de posições jurídicas: o abuso do direito em geral; *C)* *Idem:* o exercício abusivo de direitos fundamentais; *D)* *Idem:* abuso de direitos fundamentais e abuso de Constituição. **§3.º Acordos de financiamento de ações populares indemnizatórias:** *A)* Razão de ordem; *B)* “Litigation funding agreement” em ações populares indemnizatórias e direito de acesso aos tribunais; *C)* “Litigation funding agreement” em ações populares indemnizatórias e liberdade contratual; *D)* Síntese; *E)* Excurso: a projeção processual do abuso do direito substantivo. **§4.º Conclusões.**

§1.º Introdução

1.1. Importa ter presente, em primeiro lugar, que apenas nos iremos debruçar sobre a admissibilidade de utilização dos acordos de financiamento de contencioso no âmbito das ações populares indemnizatórias. Fica excluída de análise, por um lado, a discussão em torno da admissibi-

(*) Professor Catedrático da Universidade de Lisboa.

lidade genérica de recurso a *litigation funding agreement* em todas os restantes tipos de ações⁽¹⁾ e face aos demais tipos de ação popular⁽²⁾ — o presente estudo centra-se na utilização de tais contratos de financiamento exclusivamente no domínio de ações populares indemnizatórias.

1.2. Em segundo lugar, a discussão sobre a admissibilidade jurídica de utilização de acordos de financiamento de contencioso relativamente a ações populares indemnizatórias vai fazer-se numa perspetiva constitucional, procurando ter presentes as seguintes coordenadas de investigação:

- i) Vamos tomar como referência de estudo as situações de ações populares indemnizatórias desencadeadas por associações de consumidores, visando a tutela judicial de interesses difusos;
- ii) Excluídas de reflexão e análise ficam as situações semelhantes de exercício de ação popular indemnizatória contra entidades públicas e/ou seus titulares, envolvendo pedidos indemnizatórios que se mostram suscetíveis de repercutir sobre o erário público — o estudo a efetuar circunscreve-se a casos de ação popular indemnizatória entre duas entidades privadas.

1.3. O estudo a desenvolver, nos termos delimitados do respetivo objeto, vai obedecer à seguinte sequência de análise:

- a) Começaremos por abordar o problema do exercício inadmissível de posições jurídicas, designadamente de índole jusfundamental;
- b) Habilitados com as ilações do capítulo anterior, poderemos discutir a constitucionalidade dos acordos de financiamento de contencioso face a ações populares indemnizatórias desencadeadas por associações de consumidores;

⁽¹⁾ Sobre os contratos de financiamento de contencioso, ao nível da doutrina nacional, cf. ANTÓNIO PINTO LEITE, *Third-Party Funding as a joint venture and not as a mere finance agreement: the independence and impartiality of the arbitrators*, in *VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial: Intervenções*, Coimbra, 2014, p. 105, ss.; DUARTE GORJÃO HENRIQUES, *Third Party Funding ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2015, p. 673, ss.; DUARTE HENRIQUES/JOANA ALBUQUERQUE, *Portugal*, in *The third-party litigation funding law review*, London, 2017, p. 112, ss.; NUNO ALEXANDRE PIRES SAL.P.ICO, *A operacionalidade do private enforcement do direito da concorrência — dissuasão, ações coletivas e third-party litigation funding*, in *Revista da Concorrência e regulação*, 2021, p. 103, ss.; MIGUEL SOUSA FERRO, *Ações populares cíveis em Portugal*, in *Revista de Direito Comercial*, 2022, em especial, p. 436, ss. (in <www.revistadedireitocomercial.com>); PAULA COSTA E SILVA/NUNO TIAGO TRIGO REIS, *Private Enforcement e Tutela Coletiva*, Coimbra, 2022, p. 71, ss.

⁽²⁾ Para uma síntese de possíveis tipos de ação popular, cf. PAULO OTERO, *A ação popular: configuração e valor no actual direito português*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1999, p. 876, ss.

- c) Encerraremos a investigação, apresentando uma breve síntese das principais conclusões alcançadas.

§2.º Do exercício inadmissível de posições jurídicas: o abuso de direitos fundamentais

A) Colocação do problema: ideias preliminares

2.1. Num juízo *prima facie*, à luz de uma perspetiva constitucional superficial, podemos extrair duas ideias preliminares:

- i) *Primeira ideia preliminar* — uma associação de consumidores pode, nos termos do art. 52.º, n.º 3, da Constituição, exercer o direito de ação popular, designadamente para efeitos indemnizatórios dos lesados em causa:
- Trata-se de uma solução com acolhimento infraconstitucional na Lei n.º 83/95, de 31 de agosto (Lei do Direito de Participação Procedimental e da Ação Popular), reforçada pelo art. 19.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, designada de Lei do Direito a Indemnização por Infração do Direito da Concorrência (= Lei do *Private Enforcement* da Concorrência)⁽³⁾;
 - Consubstancia uma forma específica do direito de acesso aos tribunais⁽⁴⁾: o direito de ação popular traduz uma modalidade mais alargada — em termos de legitimidade⁽⁵⁾ — da garantia de uma tutela jurisdicional efetiva contra atuações inválidas e/ou lesivas de interesses substantivos da coletividade;
- ii) *Segunda ideia preliminar* — a autonomia da vontade permite, segundo um princípio geral de liberdade negocial e de estipulação entre sujeitos de direito, falando-se em “liberdade contratual”⁽⁶⁾ — à luz de um modelo constitucional que garante a ini-

(3) Cf. PAULA COSTA E SILVA/NUNO TIAGO TRIGO REIS, *Private Enforcement e Tutela Coletiva*, p. 27, ss.

(4) Cf. PAULO OTERO, *A ação popular: configuração e valor no actual direito português*, p. 871, ss.

(5) Sobre o tema, cf., por todos, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lisboa, 2003, em especial, p. 107, ss.

(6) Neste último sentido, cf. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato — As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, p. 21, ss.

ciativa económica privada, o direito de propriedade privada e a existência de um setor privado dos meios de produção —, a celebração de acordos de financiamento de contencioso, habilitando, por exemplo, que associações de consumidores possam desencadear ações populares.

Será que o direito fundamental de ação popular, por um lado, e a tutela constitucional da autonomia da vontade alicerçada num modelo económico de matriz privada, por outro, fundamentam a admissibilidade de negócios jurídicos financeiros visando a utilização dos tribunais para gerarem indemnizações lucrativas para os financiadores de tais litígios?

Em que medida, por outras palavras, a utilização de um *litigation funder*, através da celebração de um contrato de financiamento de contencioso de ações populares indemnizatórias, cruzando a iniciativa económica privada e o exercício do direito de acesso aos tribunais, se mostra constitucionalmente admissível?

Eis o que cumpre averiguar ao longo da presente investigação.

B) O exercício inadmissível de posições jurídicas: o abuso do direito em geral

2.2. Se não há direitos absolutos⁽⁷⁾, igualmente os direitos fundamentais (enquanto espécie do género) “não são absolutos, nem ilimitados”⁽⁸⁾ — nem o respeito pela inviolabilidade da vida humana, desde logo à luz da tutela constitucional da legítima defesa, se pode ter como um direito fundamental absoluto, antes sofre a concorrência limitativa decorrente de outras pretensões igualmente fundadas na inviolabilidade da vida humana⁽⁹⁾.

(7) Neste sentido, cf. C. AUBRY/C. RAU, *Cours de Droit Civil Français*, VI, 5.^a ed., Paris, 1920, p. 341, nota; MARCEL PLANIOL/GEORGES RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, II, 11.^a ed., Paris, 1931, p. 313; G. BAUDRY-LACANTINIERE/L. BARDE, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil — Des Obligations*, IV, 3.^a ed., Paris, 1908, p. 539; MARIANO D’AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I-1, Torino, 1974, p. 95; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, Coimbra, 2002, p. 265.

(8) Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.^a ed., Coimbra, 2001, p. 275.

(9) Cf. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2003, pp. 254-255; *idem*, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Coimbra, 2007, pp. 575-576.

A titularidade e o conteúdo de um direito fundamental (ou, em geral, de qualquer direito subjetivo) não permite todo ou qualquer tipo de exercício dessa posição jurídica ativa: nem todo o exercício de direitos de que se é titular se pode ter como admissível, legítimo ou válido, tal como nem todo o conteúdo de um direito habilita qualquer modo de ser factualmente exercido — o conteúdo de uma posição jurídica não se deve confundir com o seu exercício⁽¹⁰⁾.

O conteúdo dos direitos, por um lado, e as formas (= termos = modos) de exercício de tais direitos, por outro lado, são duas realidades jurídicas distintas: o conteúdo de um direito pode ser perfeitamente válido ou lícito, verificando-se, todavia, que o seu exercício se mostra inadmissível, sendo certo que, sob o ponto de vista lógico, o controlo do conteúdo goza de prioridade sobre o controlo do exercício⁽¹¹⁾ — só faz sentido discutir a admissibilidade do exercício de direitos cujo conteúdo se mostre conforme à ordem jurídica.

Há, neste último contexto, relativamente a todos os direitos (e demais posições jurídicas)⁽¹²⁾ formas de exercício admissível e, em sentido contrário, formas de exercício inadmissível: o exercício inadmissível de direitos pode consubstanciar uma situação de abuso do direito⁽¹³⁾, verificando-se que essa inadmissibilidade (ou esse exercício abusivo) pode resultar de um extravasar os limites fixados expressa ou implicitamente pela ordem jurídica⁽¹⁴⁾.

2.3. Como já tivemos oportunidade de escrever⁽¹⁵⁾, existe abuso do direito sempre que se utiliza uma instituição jurídica visando a prossecução de fins estranhos, alheios ou contrários aos que motivam ou justificaram a sua criação — no abuso do direito há uma forma indevida de exercício de posições jurídicas, uma vez que são exercidas em sentido manifestamente contrário ao Direito.

⁽¹⁰⁾ Neste último sentido, a propósito da liberdade contratual, num raciocínio passível, porém, de ser alargado a todas as posições jurídicas subjetivas, desde logo jusfundamentais, cf. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato*, em especial, p. 544.

⁽¹¹⁾ Neste último sentido, cf. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato*, p. 545, nota n.º 737.

⁽¹²⁾ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo 4.º, Coimbra, 2005, pp. 372-373; *idem*, *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*, 3.ª ed., Coimbra, 2014, p. 134.

⁽¹³⁾ Para um recorte da génese jurisprudencial francesa da figura do abuso de direito, cf. MARCEL PLANIOL/GEORGES RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, II, p. 315, ss.

⁽¹⁴⁾ Sublinhando que o verdadeiro problema do abuso do direito reside nos casos em que os limites não se encontram fixados pela lei, cf. MARIANO D’AMELIO, *Abuso del diritto*, p. 96.

⁽¹⁵⁾ Cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, Coimbra, 2016, p. 211.

Ocorre aqui, por via do abuso do direito, uma conduta de facto que extravasa o programa normativo subjacente à posição jurídica exercida: a norma que confere essa posição jurídica não protege essa forma concreta e factual de exercício da posição jurídica em causa — há uma violação dos limites ou do âmbito de proteção da norma que prevê a posição jurídica, sendo, por isso mesmo, antijurídico o seu exercício abusivo.

No abuso do direito verifica-se que uma determinada realidade jurídica é usada para a realização de fins que não tem por propósito proteger⁽¹⁶⁾, numa desconformidade com a teleologia do respetivo fundamento⁽¹⁷⁾, situação que se poderá reconduzir conceitualmente ao desvio de poder em Direito Administrativo⁽¹⁸⁾:

- i) Nos casos de abuso do direito usa-se uma realidade jurídica para alcançar um propósito manifestamente alheio ou patentemente contrário à função social, ao fim ou escopo que justifica que essa mesma realidade tenha sido concebida — instrumentaliza-se indevidamente e em termos factuais, à luz de um juízo de proporcionalidade, uma posição jurídica para prosseguir uma finalidade alheia ao propósito legal ou à “intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui”⁽¹⁹⁾ a realidade jurídica em causa;
- ii) Observando “a intencionalidade específica prosseguida no exercício” de uma posição jurídica⁽²⁰⁾, regista-se que o motivo principalmente determinante da sua utilização não coincide com o fim para o qual essa mesma realidade foi criada pela ordem jurí-

(16) Cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 212.

(17) Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2021, p. 234.

(18) Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, p. 277. No sentido de que o desvio de poder é uma doutrina paralela ou homologa ao abuso de direito, cf. FEZAS VITAL, *Direito Administrativo Português. De harmonia com as preleções do Excelentíssimo Senhor Doutor Domingos Fêzàs Vital, ao curso do 2.º ano jurídico de 1929-1930* (lições coligidas por Afonso Leite de Sampaio, Alberto Lopes Madeira e Eduardo Martins Manso), Coimbra, 1930, p. 198; JOSÉ CARLOS MARTINS MOREIRA, *Direito Administrativo* (lições coligidas por Araújo Barros e Carlos Grilo), Coimbra, 1939, pp. 280-281, nota n.º 2; ARMANDO MARQUES GUEDES, *Direito Administrativo*, policop., AAFDL, Lisboa, 1955, p. 314; *idem*, *Direito Administrativo*, policop., AAFDL, Lisboa, 1957, p. 388. Ainda sobre o tema, numa ótica juscivilística, cf. MARCEL PLANIOL/GEORGES RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, II, p. 313, nota. Desenvolvendo, em sentido diferente, o recorte conceitual do abuso de direito face ao desvio de poder, cf. FERNANDO A. CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, Lisboa, 1973, p. 536, ss.; JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso de Direito*, Coimbra, 1983, p. 79, ss.

(19) Expressão de ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, I, Coimbra, 1967, p. 524.

(20) Expressão de DAVIDE MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del Diritto*, aggiornamento II, Milano, 1998, p. 4.

dica — o seu exercício subverte, em termos ostensivos, a função social ou económico-social que serviu de fim justificativo da respetiva existência dentro do sistema jurídico;

- iii) O exercício abusivo de uma posição jurídica encontra-se fora do programa normativo subjacente à sua criação e, por isso, excluído do âmbito de proteção da norma em causa, seja esse âmbito definido expressamente ou, tendo presente uma inevitável interpretação sistemática ditada pelo princípio da unidade da ordem jurídica, em termos implícitos.

Não obstante o abuso do direito ser aplicável a toda a ordem jurídica⁽²¹⁾, assumindo-se como um problema de teoria geral⁽²²⁾ e funcionando como verdadeira cláusula residual limitativa de condutas⁽²³⁾ ou princípio geral⁽²⁴⁾, sem necessidade até de consagração legislativa⁽²⁵⁾, circunscreveremos a análise ao abuso de posições jurídicas reconduzíveis aos direitos subjetivos e, dentro destes, aos direitos fundamentais.

2.4. Num primeiro momento, à luz de uma conceção oriunda do Direito Romano⁽²⁶⁾ e acolhida pelo Direito medieval⁽²⁷⁾, quem exerce uma posição jurídica que lhe pertence não age com dolo⁽²⁸⁾ e, por princípio, não causa dano a terceiro^(29/30).

⁽²¹⁾ Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, p. 277.

⁽²²⁾ Cf. SALVATORE ROMANO, *Abuso del diritto (Diritto attuale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano, 1958, p. 166.

⁽²³⁾ Cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 211.

⁽²⁴⁾ Neste sentido cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 655/99, processo n.º 306/95, de 7 de dezembro de 1999, in TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 655/1999 (<tribunalconstitucional.pt>).

⁽²⁵⁾ Cf. LUDWIG RAISER, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg, 1935, p. 282; ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, p. 529; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, Coimbra, 1984, p. 704.

⁽²⁶⁾ Sobre a ausência de uma noção de abuso de direito no Direito Romano, sem prejuízo de manifestações pontuais de situações reconduzíveis ao conceito de abuso de direito, cf. GUISEPPE GROSSO, *Abuso del diritto (Diritto Romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano, 1958, p. 161, ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, p. 672, ss.; *idem*, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo 4.º, p. 248, ss.

⁽²⁷⁾ Cf. UGO GUALAZZINI, *Abuso del diritto (Diritto Intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano, 1958, p. 163, ss.

⁽²⁸⁾ Cf. D.50.17.55.

⁽²⁹⁾ Cf. D.50.17.151.; Sete Partidas, Part. 7.º, Tít. 34, Lei 14.ª.

⁽³⁰⁾ Cf. G. BAUDRY-LACANTINIERE/L. BARDE, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil — Des Obligations*, IV, p. 537.

Na segunda metade do século XIX, sem embargo de afloramentos históricos anteriores, formou-se a ideia de que o uso de um direito pode envolver uma situação abusiva, desde que não comporte para o seu autor qualquer utilidade ou revele mesmo uma malícia geradora de danos face a terceiros — “aquele que, de entre uma pluralidade de maneiras de exercer o direito, escolhe aquela que pode ser prejudicial, deve indemnizar pelos prejuízos que cause”⁽³¹⁾.

Começou a diferenciar-se, deste modo, entre o uso e o abuso de um direito, salientando-se que os direitos não são conferidos para a satisfação de meros caprichos ou de más paixões: “o abuso do direito já não é um direito”⁽³²⁾.

Surge, num contexto histórico ainda de mundividência individualista⁽³³⁾, a ideia de que o exercício de um direito não é expressão de um total arbítrio do seu titular, antes o abuso do direito traduz um exercício anormal de um direito, uma vez que se revela contrário ao respetivo fim ou destino económico e social: haverá, num tal cenário, uma reprovação da consciência pública aos termos de exercício do direito em causa⁽³⁴⁾.

Ou, numa formulação mais genérica, a jurisprudência francesa constrói o abuso do direito tendo por base três situações possíveis⁽³⁵⁾:

- O propósito de prejudicar terceiros ou, em geral, a ausência de utilidade do ato praticado;
- O exercício em violação dos fins que presidem à sua atribuição;
- A existência de uma falta que torna o exercício do direito inadmissível.

A elaboração jurisprudencial e doutrinal francesa da teoria do abuso do direito influenciou o art. 281.º do Código Civil grego⁽³⁶⁾ (e outras soluções legislativas estrangeiras)⁽³⁷⁾ e, por ambas as vias, ajudaram a formular o art. 334.º do Código Civil português de 1966⁽³⁸⁾ — “*é ilegítimo o*

⁽³¹⁾ Cf. F. LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, XX, 3.ª ed., Bruxelles/Paris, 1878, p. 427.

⁽³²⁾ Cf. F. LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, XX, p. 428.

⁽³³⁾ Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, p. 221.

⁽³⁴⁾ Neste sentido, fazendo uma síntese da doutrina, cf. G. BAUDRY-LACANTINERIE/L. BARDE, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil — Des Obligations*, IV, p. 540.

⁽³⁵⁾ Cf. LOUIS JOSSEERAND, *De L'Esprit des Droits et leur Relativité — Theorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927, p. 341, ss.

⁽³⁶⁾ Sobre este assunto, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, p. 711, ss; *idem*, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo 4.º, p. 260, ss.

⁽³⁷⁾ Cf. MARIANO D'AMELIO, *Abuso del diritto*, p. 96.

⁽³⁸⁾ Contestando os termos como se encontra plasmado o abuso de direito no art. 334.º do

exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

Nas palavras do Supremo Tribunal de Justiça, o “exercício de um direito só poderá taxar-se de abusivo quando exceda manifesta, clamorosa e intoleravelmente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pelo fim social ou económico do direito, ou, o mesmo é dizer, quando esse direito seja exercido em termos clamorosamente ofensivos da justiça ou do sentimento jurídico socialmente dominante”(39).

2.5. No abuso do direito existe um exercício disfuncional de determinada posição jurídica(40) e que, por isso, torna ilícito esse exercício: se os direitos têm uma função pessoal e social(41), haverá um exercício abusivo de tais posições jurídicas subjetivas se, ultrapassando os limites de razoabilidade ou proporcionalidade, ocorrer uma violação (que seja excessiva e manifesta)(42) de tais fins pessoais ou sociais e económicos subjacentes ao direito em causa — nas ilustrativas palavras de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “o exercício do direito será abusivo quando seja contrário e esse fim económico e social que, conjuntamente com o fim pessoal, preenche a sua função”(43).

Num sentido terminológico diferente, apesar de partir da ideia de fim, escopo ou função pessoal e sócio-económica, pode falar-se, tendo por base a doutrina alemã, em “abuso de direito institucional”, se envolver condutas abusivas através da utilização do direito objetivo, e em “abuso de direito individual”, se estiver em causa um direito subjetivo(44).

Código Civil, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O «abuso de direito» e o art. 334.º do Código Civil: uma recepção transviada*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano — No Centenário do seu Nascimento*, I, Coimbra, 2006, p. 607, ss.

(39) Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de outubro de 2003, processo 03B3125, in *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>).

(40) Num sentido crítico à ideia de disfuncionalidade jurídica, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, p. 880, ss.

(41) Neste sentido e para mais desenvolvimentos, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, p. 268, ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra, 2005, p. 652, ss. Em sentido contrário, negando essa função social e económica, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, p. 1230, ss. Igualmente em sentido crítico, cf. DAVIDE MESSINETTI, *Abuso del diritto*, p. 5, ss.

(42) Justificando a necessidade de ser manifesta ou excessiva, em nome da autonomia privada limitar a intervenção pública no controlo do exercício de direitos, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, p. 277.

(43) Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 663.

(44) Cf. JOSEF ESSER/EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, 6.ª ed., Heidelberg 1984, p. 149, ss.

Na realidade, os direitos subjetivos — incluindo os direitos fundamentais —, além de satisfazerem propósitos ou fins egoístas do seu próprio titular, uma vez que todos vivemos em sociedade, à luz de um modelo constitucional de Estado vinculado a promover o bem-estar social⁽⁴⁵⁾, têm sempre uma função social ou, se se pretender, uma determinada utilidade económico-social: a função social ou económico-social constitui “um limite intrínseco, imanente a todo o direito subjetivo”⁽⁴⁶⁾.

A função social ou económico-social dos direitos traduz um limite aferível no momento concreto da aplicação do direito⁽⁴⁷⁾ e é a propósito do exercício do direito que se pode avaliar se o mesmo é ou não abusivo: é a partir do exercício factual de um direito ou liberdade que se afere se esse exercício de facto integra (ou não) o âmbito de proteção definido pela norma que o institui ou consagra — se não integra, haverá abuso do direito.

Num outro sentido, o abuso do direito não comporta qualquer negação da titularidade do direito, pois “se não há direito não pode haver abuso”⁽⁴⁸⁾: o abuso do direito apenas traduz uma situação de exercício inadmissível do direito por quem é seu titular⁽⁴⁹⁾ — o abuso do direito consubstancia uma delimitação do “âmbito o seu exercício lícito”⁽⁵⁰⁾, permitindo descortinar se estamos ou não diante da utilização de uma posição jurídica dentro dos seus limites intrínsecos.

Na situação abusiva, o sujeito é titular do direito, apenas não o pode exercer nos termos em que o fez⁽⁵¹⁾: o abuso do direito revela uma atuação anormal ou desequilibrada do seu titular, em termos de intensidade ou de execução, traduzindo um exercício inadmissível de uma posição jurídica — o abuso do direito consiste num agir disfuncional ou desproporcionado de uma posição jurídica subjetiva dentro do contexto global do sistema jurídico⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁵⁾ Especificamente sobre a cláusula constitucional de bem-estar social, cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, p. 333, ss.; *idem*, *Direito Constitucional Português*, I, Coimbra, 2010, p. 100, ss.

⁽⁴⁶⁾ Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, p. 271.

⁽⁴⁷⁾ Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, p. 271, ss.

⁽⁴⁸⁾ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 668.

⁽⁴⁹⁾ Em sentido contrário, considerando que em casos de abuso do direito existe uma situação em que o titular do direito já se encontra a agir sem direito, uma vez que “o direito cessa onde o abuso começa”, cf. MARCEL PLANIOL/GEORGES RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, II, pp. 312-313. Entendendo que nos casos de abuso do direito há apenas “o exercício de um direito aparente”, cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, p. 526.

⁽⁵⁰⁾ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 669.

⁽⁵¹⁾ Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, p. 282.

⁽⁵²⁾ Sublinhando esse referencial da totalidade dos valores e princípios fundamentais da ordem jurídica na base do abuso de direito, cf. LUDWIG RAISER, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, p. 282.

A jurisprudência portuguesa entende até que o abuso do direito é de conhecimento oficioso, independentemente de ter sido suscitado pelas partes, numa derrogação do princípio do dispositivo, observando-se que um tribunal de recurso pode conhecer uma tal situação, sem que o tribunal recorrido tenha apreciado a questão do abuso do direito⁽⁵³⁾.

C) *Idem*: o exercício abusivo de direitos fundamentais

2.6. Uma forma de exercício inadmissível de direitos fundamentais consiste no abuso do direito — o exercício abusivo de direitos fundamentais revela uma atuação contrária ao âmbito de proteção do direito resultante do respetivo programa normativo.

O conteúdo ou o âmbito de cada direito fundamental não depende do arbítrio do seu titular, antes se tem de recortar, por via interpretativa, em termos abstratos ou face a casos concretos, das respetivas normas constitucionais de criação: a extensão de cada direito fundamental revela-se ou extrai-se do âmbito de proteção da norma constitucional que consagra o direito em causa⁽⁵⁴⁾ — esse âmbito de proteção da norma consubstancia o programa normativo ou o domínio protegido do direito.

Existem, por conseguinte, formas admissíveis e formas inadmissíveis de exercício de direitos fundamentais, consoante estejam em causa condutas incluídas ou excluídas do âmbito do programa ou domínio de proteção da norma constitucional que consagra determinado direito fundamental:

- i) O exercício abusivo de direitos fundamentais, enquanto forma de exercício inadmissível, expressa uma situação de facto que se situa fora do referido programa normativo ou domínio protegido pelo preceito constitucional referente ao direito em questão;
- ii) O domínio de proteção da norma jusfundamental encontra-se delimitado negativamente pelos limites ao exercício do direito em causa, resultem esses limites expressamente da própria norma que cria o direito ou sejam elas extraíveis implicitamente, à luz do princípio da unidade do sistema jurídico, de outras normas⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ Neste sentido, indicando as decisões judiciais portuguesas, cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 669 e nota n.º 611.

⁽⁵⁴⁾ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 275, ss.

⁽⁵⁵⁾ Neste último sentido, falando em “outras normas avulsas do sistema jurídico”, cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, 1970, p. 312.

A proibição do abuso do direito consubstancia, neste último contexto, um limite imanente implícito em todos os direitos fundamentais⁽⁵⁶⁾, havendo mesmo quem fale numa “espécie de anexo não escrito das normas de direitos fundamentais”⁽⁵⁷⁾, determinando um condicionamento ao exercício de todos os direitos e liberdades fundamentais.

2.7. Os limites imanentes implícitos dos direitos fundamentais⁽⁵⁸⁾, excluindo formas inadmissíveis do exercício de direitos fundamentais, abrangem três distintas situações de disfuncionalidade integráveis no conceito de exercício abusivo de direitos fundamentais:

- i) O exercício em sentido contrário ou alheio ao fim normativo que levou à consagração normativa do próprio direito em questão ou à função social (e/ou económica) que esse direito deve prosseguir — pode falar-se aqui em funcionalização do direito e, em termos patológicos, em “alteração da função”⁽⁵⁹⁾ ou “desvio de exercício”⁽⁶⁰⁾;
- ii) A lesão do conteúdo essencial de um outro direito fundamental titulado por terceiro⁽⁶¹⁾, aqui se incluindo, designadamente, o *animus nocendi*⁽⁶²⁾, desde formas maliciosas ou mal-intencionadas, chicaneiras ou emulativas de exercício do direito;
- iii) A contrariedade intolerável de valores nucleares da comunidade ou de princípios estruturantes da ordem constitucional⁽⁶³⁾, visando deles extrair vantagens ou utilidades alheias a tais valores ou princípios basilares.

⁽⁵⁶⁾ Em geral, qualificando o abuso do direito como um limite material imanente, cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Jurisprudência*, p. 526.

⁽⁵⁷⁾ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, p. 498.

⁽⁵⁸⁾ Para uma crítica a diferentes formulações de limites imanentes aos direitos fundamentais, cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.^a ed., Coimbra, 2002, p. 1263, ss.

⁽⁵⁹⁾ Cf. SALVATORRE ROMANO, *Abuso del diritto*, p. 167, ss., em especial, pp. 168-169.

⁽⁶⁰⁾ Usando esta expressão, apesar de se afastar da inerente conceção, cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, p. 495.

⁽⁶¹⁾ Cf. HANS-ULLRICH GALLWAS, *Missbrauch von Grundrechten*, München, 1961, pp. 45, ss., 54, ss. e 66, ss.

⁽⁶²⁾ Cf. DAVIDE MESSINETTI, *Abuso del diritto*, p. 4.

⁽⁶³⁾ Cf. HANS-ULLRICH GALLWAS, *Missbrauch von Grundrechten*, p. 45, ss., 88, ss. e 105, ss.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 287.

O abuso de direitos fundamentais envolve, em suma, uma violação do postulado constitucional que determina que os direitos fundamentais devem ser exercidos em conformidade com o seu espírito e não em sentido contrário a esse mesmo espírito⁽⁶⁴⁾.

2.8. Independentemente das conceções em torno da natureza do abuso do direito, por via da teoria interna e da teoria externa dos limites ao conteúdo dos direitos⁽⁶⁵⁾, ou das críticas à abrangência da fórmula do abuso do direito, a verdade é que a ideia de limites imanentes implícitos aos direitos fundamentais — e, deste modo, a conceptualização do abuso de direitos fundamentais — decorre ainda de uma interpretação ponderativa sobre o âmbito de proteção da norma jusfundamental, numa determinação exata do alcance ou extensão do respetivo programa normativo, em confronto face a normas expressas ou implícitas que excluem o abuso.

Metodologicamente, o abuso do direito envolve, num primeiro momento ou num juízo *prima facie*⁽⁶⁶⁾, a inclusão de determinada conduta de facto no âmbito aparente de proteção de uma norma jusfundamental⁽⁶⁷⁾, mas, num segundo momento, por via de uma interpretação e valoração⁽⁶⁸⁾, haverá que determinar, face à concreta situação de disfuncionalidade em causa, se essa conduta de facto se encontra verdadeiramente sob a alçada do âmbito efetivo de proteção da norma jusfundamental — tudo se resume a um procedimento de ponderação das realidades jurídicas e factuais em causa, naturalmente à luz de postulados de proporcionalidade e de justiça⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁴⁾ Cf. KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., Heidelberg, 1995, p. 296.

⁽⁶⁵⁾ Cf. WOLFGANG SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Marburg, 1934, p. 85, ss. Em Portugal, cf., por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo 4.º, p. 351, ss.

⁽⁶⁶⁾ Sobre a valia de um juízo *prima facie*, num contexto de ponderação, em relação a situações subjetivas, cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2012, p. 276, ss.

⁽⁶⁷⁾ Falando, neste domínio, em “liberdade de facto”, cf. SALVATORE ROMANO, *Abuso del diritto*, p. 167.

⁽⁶⁸⁾ Sublinhado a relevância aqui dos designados “standards de valoração” (v.g., boa-fé, lealdade, solidariedade, correção das relações privadas, diligência e normalidade da conduta), cf. DAVIDE MESSINETTI, *Abuso del diritto*, pp. 8, ss.

⁽⁶⁹⁾ Para um sublinhar da configuração do abuso como critério de injustiça, cf. DAVIDE MESSINETTI, *Abuso del diritto*, p. 15, ss. Falando, neste último sentido, em controlo de “clamorosa e intolerável injustiça do resultado a que se chegaria, aplicando a norma em que a hipótese concreta se subsume”, cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., 4.ª reimp., Coimbra, 1985, p. 52, nota n.º 1. Configurando o abuso do direito como num “instituto de equidade”, cf. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., Lisboa, 2018, p. 317. Para uma crítica à

Numa linguagem metódica diversa, pode dizer-se que no abuso do direito há o apelo a uma juridicidade que, ultrapassando a mera validade formal e legal, procura um “fundamento axiológico-normativo”⁽⁷⁰⁾: o comportamento abusivo reconduz-se ao “exercício de um *direito aparente*: trata-se de um comportamento que exhibe a forma, a aparência de um direito que na verdade não existe”⁽⁷¹⁾, sendo por via ponderativa que, atendendo à factualidade existente, se alcança essa ilação material.

Como refere o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 24 de fevereiro de 2022, “o preenchimento da cláusula geral que constitui o abuso do direito depende da ponderação casuística feita pelo tribunal em função do circunstancialismo fáctico dado como provado no caso concreto”⁽⁷²⁾.

O abuso do direito surge, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional⁽⁷³⁾, como verdadeira cláusula geral de segundo grau: o abuso do direito permite, nas palavras da doutrina, um controlo ou sindicância “sobre os resultados da direta aplicação de outras normas”⁽⁷⁴⁾, funcionando como “«válvula de segurança» do sistema”⁽⁷⁵⁾.

A proibição de abuso de direitos fundamentais, traduzindo uma cláusula geral limitativa do exercício de todos os direitos fundamentais, expressa uma norma implícita da Constituição que, ante situações concretas de exercício inadmissível de direitos fundamentais, gera um reajuste aclarativo da amplitude do âmbito de proteção que subjaz ao programa normativo que alicerça esse direito fundamental: o exercício abusivo de um direito fundamental representa um extravasar dos limites do direito fundamental em causa e, por isso mesmo, carece de proteção dentro dos parâmetros do respetivo programa normativo.

corrente doutrinária que situa o abuso do direito no plano da equidade ou da “estrita moralidade”, cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, p. 518, ss.

⁽⁷⁰⁾ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, p. 528.

⁽⁷¹⁾ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, p. 526.

⁽⁷²⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de fevereiro de 2022, processo 111/13.6TCFUN.L2.S1, in *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>).

⁽⁷³⁾ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 655/99, *cit.* No mesmo sentido, qualificando o abuso de direito como “válvula de segurança”, cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de novembro de 2021, processo 1920/18.1T8LRA-H.C1.S1, in *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (dgsi.pt).

⁽⁷⁴⁾ Cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, p. 312. Em sentido semelhante, cf. *idem*, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 51-52 e 64.

⁽⁷⁵⁾ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 655/99, *cit.*

D) *Idem*: abuso de direitos fundamentais e abuso de Constituição

2.9. Se o exercício abusivo de um direito fundamental sai do âmbito de proteção da respetiva norma jusfundamental, a verdade é que o abuso de direitos fundamentais se reconduz, em última análise, a uma modalidade de abuso de Constituição — a normatividade constitucional é usada para prosseguir um exercício inadmissível de posições jurídicas jusfundamentais.

O conceito de abuso de Constituição mostra-se, porém, mais amplo.

Como já tivemos oportunidade de escrever⁽⁷⁶⁾, não se revela admissível a utilização das normas da Constituição para destruir a própria ordem de valores nuclear da Constituição: servir-se da democracia para destruir a democracia é sempre um ato ilícito e, nesta medida, constitucionalmente intolerável, reconduzindo-se a um exercício inadmissível de posições jurídicas que, envolvendo atores do poder político, traduz um abuso de Constituição.

A História ilustra que os movimentos totalitários do início do século XX “usaram e abusaram das liberdades democráticas com o objetivo de as suprimir”⁽⁷⁷⁾. As palavras de Joseph Goebbels, pronunciadas em 1928, mostram-se ilustrativas do problema que aqui está em causa: o seu partido iria para o parlamento para “paralisar o espírito de Weimar com o seu próprio apoio”, acrescentando de forma expressiva que “vamos como inimigos! Como o lobo sobre o rebanho de ovelhas, assim é como vamos”⁽⁷⁸⁾.

Há, num tal contexto, uma utilização ou um exercício abusivo da democracia que conduz ao próprio abuso da Constituição: o uso abusivo das normas constitucionais representa uma forma de abuso de direito.

O problema equacionado encontra, curiosamente, uma flagrante analogia com aquilo que se passa com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: será que as normas destes diplomas jusfundamentais podem ser interpretadas no sentido de reconhecer direitos, habilitar comportamentos ou envolver a prática de atos destinados a destruir os direitos ou as liberdades objeto de reconhecimento em tais textos?

⁽⁷⁶⁾ Cf. PAULO OTERO, *A Democracia Totalitária*, Cascais, 2001, p. 269, ss.

⁽⁷⁷⁾ Cf. HANNAH ARENDT, *O Sistema Totalitário*, Lisboa, 1978, p. 400.

⁽⁷⁸⁾ Neste sentido, cf. HUBERT SCHRÖBBERS, *Organisation und Aufgabe des Verfassungsschutzes in der Bundesrepublik Deutschland, in Verfassungsschutz — Beiträge aus Wissenschaft und Praxis*, ed. Bundesministerium des Innern, Köln, 1966, p. 65.

É a resposta em sentido negativo à questão formulada que se encontra expressamente prevista no art. 30.º da Declaração Universal, no art. 17.º da Convenção Europeia e no art. 54.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: nenhuma norma de tais textos pode ser interpretada em termos de reconhecer qualquer direito, comportamento ou ato destinado a destruir os direitos ou as liberdades que aí se encontram consagrados — aliás, as referidas normas da Convenção Europeia e da Carta da União Europeia têm como epígrafe “proibição do abuso de direito”.

Esta mesma conceção, reproduzida nos mencionados textos de Direito Internacional e Europeu⁽⁷⁹⁾, mostra-se integralmente aplicável ao texto constitucional interno: tal como não se podem utilizar os direitos e as liberdades fundamentais para destruir esses mesmos direitos e liberdades fundamentais, ninguém pode utilizar a Constituição para destruir a própria Constituição ou servir-se da democracia para destruir a democracia.

Nunca se mostra admissível, por conseguinte, interpretar qualquer preceito da Lei Fundamental para dele extrair um direito ou uma habilitação que justifique a prática de atos ou a adoção de comportamentos lesivos ou visando destruir os valores basilares do ordenamento constitucional.

Nas sugestivas palavras do Tribunal Constitucional Alemão, “os inimigos da Constituição não podem lesar ou destruir o ordenamento constitucional ou a existência do Estado, invocando liberdades que a Lei Fundamental garante e protege”⁽⁸⁰⁾.

Os comportamentos que se servem da Constituição ou da democracia para destruir a própria Constituição ou a democracia, envolvendo uma forma de exercício inadmissível de posições jurídicas, traduzem um verdadeiro “abuso de Constituição” ou “abuso de democracia”: a liberdade consagrada numa Constituição nunca pode significar, por força da proibição do abuso do direito, uma habilitação de autodestruição ou autossacrifício da ordem constitucional.

A proibição de abuso de direito consubstancia, deste modo, um princípio implícito em todos os textos constitucionais, sendo, ele próprio, um princípio constitucional não escrito que decorre adstritamente do programa normativo de cada norma da Constituição: esgotada a interpretação conforme e terminadas as ponderações adequadas, a Constituição não pode, à luz de um postulado de coerência do sistema jurídico, proteger condutas atentatórias das normas, valores ou bens constitucionalmente protegidos — se o fizesse, a Constituição entraria em autorrutura.

⁽⁷⁹⁾ Em sentido semelhante, sem prejuízo de terem um propósito diferente, cf. arts. 24.º e 25.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

⁽⁸⁰⁾ Cf. BVerfGE, 30, 1, (19-20).

2.10. Num contexto de enquadramento dogmático diverso, envolvendo em primeira linha os próprios particulares, igualmente o exercício inadmissível de direitos fundamentais, desde que reconduzível a uma conduta abusiva, convoca a temática do abuso de Constituição.

A vinculação das entidades privadas às normas constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias — assim como a direitos de natureza análoga —, gerando uma horizontalização da força normativa dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas, exclui do seu âmbito de proteção situações de exercício abusivo de tais direitos fundamentais.

As normas constitucionais que conferem direitos fundamentais não habilitam toda e qualquer forma de exercício dos respetivos direitos, liberdades e garantias: as entidades privadas no seu relacionamento ente si (assim como as entidades públicas face aos particulares, por maioria de razão) não gozam de arbitrariedade ou de um grau de autonomia que lhe permita criar um espaço ajurídico em matéria de exercício de direitos, liberdades e garantias, antes se encontram vinculadas a respeitar os respetivos limites imanentes implícitos — o exercício inadmissível de posições jurídicas jusfundamentais entre privados, envolvendo uma conduta abusiva, traduz um abuso de Constituição.

Mais: o exercício abusivo de um direito fundamental, acabando por violar o âmbito de proteção da respetiva norma constitucional, traduzindo uma atuação jurídica a descoberto de título normativo válido, envolve atos cujos efeitos jurídicos estão feridos de inconstitucionalidade teleológica ou finalística⁽⁸¹⁾ — a norma jusfundamental foi usada para prosseguir finalidades alheias ao conteúdo ou ao âmbito de proteção do direito fundamental em causa.

Pode dizer-se, neste último sentido, que o abuso de direitos fundamentais assenta ou pressupõe uma leitura (interpretativa e/ou aplicativa) inconstitucional da norma jusfundamental em causa, isto é, da norma da Constituição que instituiu o concreto direito fundamental objeto de um exercício inadmissível ou abusivo — compreende-se, por estar em causa a violação ou a fixação do sentido interpretativo de uma norma constitucional, que os tribunais possam (e devam) proceder à sua sindicância (v. *supra*, n.º 2.5.)(⁸²).

⁽⁸¹⁾ Sobre o conceito em causa, cf. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, Coimbra, 2010, p. 435.

⁽⁸²⁾ Admitindo a sindicabilidade constitucional de uma interpretação aplicativa em concreto do art. 334.º do Código Civil, referente ao abuso do direito, cf. Declaração de voto do Juiz-Conselheiro

§3.º Acordos de financiamento de ações populares indemnizatórias

A) Razão de ordem

3.1. Como se referiu (v. *supra*, n.º 2.1.), numa análise *prima facie*, a celebração de um contrato de financiamento de contencioso, visando que uma associação de consumidores desencadeie uma ação popular indemnizatória, fundamenta-se em dois alicerces constitucionais: (i) a liberdade contratual, enquanto manifestação da autonomia privada, e (ii) o direito de acesso aos tribunais, categoria genérica da qual a ação popular é uma espécie.

Sucedo, porém, tal como o estudo desenvolvido permitiu observar, que a circunstância de uma determinada conduta factual se incluir aparentemente no âmbito de normas jusfundamentais não significa, num momento analítico posterior, à luz de uma ponderação balizada pelos princípios da proporcionalidade e da justiça, que nos encontremos diante de um exercício admissível de uma tal posição jurídica e, por isso, que essa conduta integre o âmbito efetivo de proteção da(s) norma(s) jusfundamental(is) em causa (v. *supra*, n.º 2.8.).

Com efeito, um exercício abusivo de uma posição jurídica jusfundamental, em violação dos seus limites imanentes (expressos ou implícitos), uma vez que situa essa conduta fora do âmbito do programa normativo ou domínio protegido pela norma constitucional referente ao direito em questão (v. *supra*, n.º 2.6.), reconduz-se a uma situação ilícita de abuso do direito fundamental (v. *supra*, n.º 2.7.) e, por essa via, ao abuso da Constituição (v. *supra*, n.º 2.10.).

Será que a utilização de um contrato de financiamento de contencioso, enquanto expressão da liberdade contratual, permitindo uma associação de consumidores instaurar, segundo o direito de acesso aos tribunais, uma ação popular indemnizatória, traduz um exercício abusivo dos direitos fundamentais em causa?

Alberto Tavares da Costa, in Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 655/99, *cit.* Excluindo, num diferente cenário factual e argumentativo, o controlo da aplicação em concreto do art. 334.º do Código Civil, cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 655/99, *cit.*; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 246/2000, processo n.º 259/99, de 12 de abril de 200, in *TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 246/2000* (<tribunalconstitucional.pt>); Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 532/2004, processo n.º 161/04, de 15 de julho 2004, in *TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 532/2004* (<tribunalconstitucional.pt>); Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 664/2013, processo n.º 389/13, de 8 de outubro de 2013, in *TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 664/2013* (<tribunalconstitucional.pt>); Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 694/2020, processo n.º 343/2020, de 26 de novembro de 2020, in *TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 694/2020* (<tribunalconstitucional.pt>).

É o que cumpre averiguar, analisando, separadamente, a situação de cada uma destas posições jusfundamentais.

B) “*Litigation funding agreement*” em ações populares indemnizatórias e direito de acesso aos tribunais

3.2. Não deixa de ser curioso que, historicamente, a autonomização conceitual da ideia de abuso do direito, durante o século XIX, envolva condutas factuais de exercício inadmissível do direito de acesso aos tribunais, sem embargo de nunca o problema ter sido equacionado e analisado à luz da temática do abuso de direitos fundamentais e do inerente abuso da Constituição.

O autor que primeiro se debruçou sobre o tema do abuso do direito, cunhando a própria expressão “*abu d’un droit*”⁽⁸³⁾, depois de expressar que “o agir em justiça (...) é, sem dúvida, um direito sagrado”⁽⁸⁴⁾, indica-nos que o seu exercício pode causar danos, desde logo, em situações de “*téméraires plaideurs*”, sempre que ocorre um exercício de má-fé do direito de ação, se existe um puro propósito ou espírito de vexar ou ferir o demandado⁽⁸⁵⁾:

- i) A jurisprudência francesa e belga da primeira metade do século XIX ilustra, através de diversos casos, esse exercício abusivo do direito de ação judicial como fonte de responsabilidade civil do demandante;
- ii) Há mesmo notícia de que, já no século XVI, Francisco I, rei de França, emitiu uma ordenança, em 1539, sobre responsabilidade pelos prejuízos decorrentes de ações temerárias.

Em síntese, a História regista a íntima ligação que a génese conceptual do abuso do direito tem com o exercício da ação judicial — trata-se, afinal, numa linguagem moderna, de um problema de abuso do direito fundamental de acesso aos tribunais⁽⁸⁶⁾.

3.3. Mostra-se juridicamente importante analisar, neste contexto de abuso do direito fundamental de acesso aos tribunais, se a utilização dos

⁽⁸³⁾ Cf. F. LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, XX, p. 428.

⁽⁸⁴⁾ Cf. F. LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, XX, p. 429.

⁽⁸⁵⁾ Cf. F. LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, XX, p. 429, ss.

⁽⁸⁶⁾ Especificamente sobre o exercício abusivo do direito de ação popular, cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, p. 255, ss.

“*litigation funding agreements*” em ações populares indemnizatórias substancia um exercício abusivo do direito de acesso aos tribunais.

Na realidade, os acordos de financiamento de contencioso em ações populares de natureza indemnizatória, sem prejuízo de se poder dizer que visam promover ou ampliar a implementação do exercício do direito de acesso à justiça por parte de quem o não conseguiria fazer sem esse suporte financeiro, o certo é que, atendendo à estrutura prestacional do vínculo contratual, permitem observar o seguinte:

- i) A renumeração do financiador, assentando num *sucess fee*, determina que o escopo principal do contrato de financiamento seja a obtenção de um lucro, assumindo-se como verdadeiro contrato comercial, neste caso unilateralmente comercial, sujeito à lei comercial⁽⁸⁷⁾:
 - O propósito do contrato de financiamento é, por via do sucesso da ação judicial a desencadear e ante uma renumeração a obter em função do sucesso indemnizatório, o enriquecimento de uma das partes, contando com a colaboração e execução da outra;
 - O lucro é o propósito central e imediato da intervenção do financiador, servindo-se da ação popular indemnizatória como mero instrumento comercial — o ator popular é, neste último sentido, coautor e executante da atuação comercial do financiador;
 - O propósito direto, imediato e central do contrato de financiamento nada tem que ver com a realização ou o acesso à justiça, antes expressa uma pura lógica mercantilista de utilização da instituição judicial;
- ii) Sabendo-se que o ator popular age sempre no interesse geral da coletividade ou da comunidade a que pertence e se encontra inserido⁽⁸⁸⁾,

⁽⁸⁷⁾ Na realidade, o ator popular não terá um propósito comercial ou lucrativo ao celebrar o “*litigation funding agreement*”, sem prejuízo de se tornar um colaborador ou exequente do propósito do financiador, sendo todo o vínculo contratual regulado, todavia, nos termos do art. 99.º do Código Comercial, pelo regime da lei comercial. Sobre o conceito e o regime dos atos mistos comerciais, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, I, policop., Lisboa, 1988, p. 93, ss.; JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, I, reimp., Coimbra, 199, pp. 75-76; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, 3.ª ed., Coimbra, 2012, pp. 223-224; PAULO OLAVO CUNHA, *Lições de Direito Comercial*, Coimbra, 2010, pp. 49-50; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, I, Coimbra, 2011, p. 72, ss. e 142, ss.; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, 2014, pp. 46-47.

⁽⁸⁸⁾ Cf. PAULO OTERO, *A ação popular: configuração e valor no actual direito português*, p. 872.

numa atuação tendencialmente altruísta⁽⁸⁹⁾, verifica-se que o contrato de investimento investe o financiado (e ator popular) na prossecução do interesse lucrativo do financiador:

- Subverte-se, deste modo, por via do contrato de financiamento, a função institucional e constitucional do ator popular e da ação popular;
- O ator popular como que é obnubilado ou transfigurado em mero executante do contrato de financiamento, agindo em defesa dos interesses lucrativos do financiador;
- A ação popular indemnizatória deixa de ter como motivo principalmente determinante o interesse da coletividade, altruisticamente prosseguido pelo ator popular, para passar a visar a satisfação dos interesses lucrativos do investimento feito pelo financiador;

iii) Simultaneamente, o financiado (e futuro ator popular), além de ser associado e executante da estratégia de investimento de risco do financiador, acorda, nos termos do *success fee* constante do contrato de financiamento, em dispor de uma parte da eventual indemnização a obter, em nome dos consumidores lesados, a favor do financiador:

- O ator popular dispõe, deste modo, de um valor que, sendo atribuído aos lesados, acaba por ser contratualizado a favor de um terceiro não lesado;
- Ou, visto de ângulo diferente, o financiado dispõe de um eventual bem alheio, se a ação indemnizatória for procedente, sem que os lesados beneficiem da totalidade do valor da indemnização e sem que tenham habilitado a disposição desse seu direito de crédito indemnizatório.

Não obstante a projeção de tais situações em sede de liberdade contratual (v. *infra*, n.ºs 3.7. e 3.8.), centremos a nossa atenção, neste momento, nos reflexos da utilização dos “*litigation funding agreements*” em sede de direito de acesso aos tribunais.

3.4. A natureza comercial do contrato de financiamento de ações populares indemnizatórias acaba por conduzir a uma mercantilização ou

⁽⁸⁹⁾ Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, p. 226, ss.

comercialização do próprio direito de acesso aos tribunais (v. *supra*, n.º 3.3.), sabendo-se que a ação popular é, por natureza, a expressão de uma solidariedade de interesses comuns aos membros de uma comunidade⁽⁹⁰⁾:

- i) Um direito de participação política, tal como se configura a ação popular pela Constituição⁽⁹¹⁾, é usado e subvertido, através de tais contratos de financiamento de ações indemnizatórias, em instrumento de prossecução de fins de natureza económico-lucrativa pela entidade financiadora, totalmente alheios ao recorte constitucional e histórico da instituição em causa;
- ii) A mercantilização do direito de ação popular, num claro desvio de poder dos respetivos propósitos constitucionais, configura uma forma de exercício inadmissível deste direito fundamental — os contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias revelam-se desconformes com a ordem de valores da Constituição.

Vejamos melhor o desenvolvimento deste entendimento.

3.4.1. A jurisprudência alemã, numa decisão do Supremo Tribunal Federal, de 13 de setembro de 2018, sublinha que tais contratos de financiamento de ações indemnizatórias se reconduzem a um exercício inadmissível de direitos, atendendo a que a força motriz ou o motivo determinante da ação serve propósitos diversos da sua razão de ser, numa situação de abuso do direito: o propósito imediato de tais vínculos envolve a intervenção de um terceiro que, pretendendo lucrar economicamente com a possibilidade de ser desencadeada a ação judicial, acaba por prosseguir interesses e objetivos que não são dignos de proteção legal⁽⁹²⁾.

Em igual sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal alemão, de 9 de maio de 2019, confirma esse mesmo entendimento: uma ação indemnizatória desencadeada por uma associação de consumidores, envolvendo um contrato de financiamento de contencioso que confere ao financiador uma parte do lucro líquido que venha a ser obtido, contraria a proi-

⁽⁹⁰⁾ Neste último sentido, cf. PAULO OTERO, *A ação popular: configuração e valor no actual direito português*, p. 872.

⁽⁹¹⁾ Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 693.

⁽⁹²⁾ Cf. BGH, de 13 de setembro de 2018, processo n.º I ZR 26/17, in *Urteil des I. Zivilsenats vom 13.9.2018 — I ZR 26/17* — (<bundesgerichtshof.de>).

bição de exercício inadmissível de direitos, traduzindo um caso de abuso do direito⁽⁹³⁾.

A natureza do abuso do direito como cláusula geral e válvula de segurança do sistema jurídico, sem necessidade de expressa consagração legal (v. *supra*, n.ºs 2.3. e 2.8.), sendo até dotada de valia paramétrica constitucional (v. *supra*, n.ºs 2.8. e 2.10.), torna o raciocínio da jurisprudência alemã integralmente transponível para a ordem jurídica portuguesa.

3.4.2. Numa perspetiva político-constitucional, tais contratos de financiamento do contencioso de ações populares indemnizatórias, tendo como razão de ser ou propósito nuclear o lucro da entidade financiadora, consubstanciam a expressão de uma visão mercantilista, própria de um neoliberalismo capitalista de assalto ao poder judicial, servindo-se dele para, dentro de uma lógica de risco inerente a um investimento financeiro privado, obter lucros:

- i) O exercício da ação popular indemnizatória serve de mero instrumento lucrativo por parte de um financiador, transformada que está a ação judicial em objeto de um negócio de natureza comercial, em claro sentido contrário à natureza e à função constitucional do direito de ação popular (v. *supra*, n.º 3.4.):
 - Existe aqui algo de semelhante a uma situação de desvio de poder na utilização do instituto da ação popular (v. *supra*, n.º 2.3.): o motivo principalmente determinante da ação deixa de ser a defesa de interesses comuns da coletividade ou dos seus membros lesados, tal como corresponde à sua razão de ser, passando antes o lucro do financiador a tornar-se no escopo do contrato de financiamento e, por essa via, da ação indemnizatória (v. *supra*, n.º 3.3.);
 - Atenta-se, deste modo, contra a função social e institucional da ação popular, tal como a Constituição a configura, num exercício factual totalmente alheio ao programa normativo subjacente ao art. 52.º, n.º 3, da Constituição;
- ii) Ocorre, por via de tais contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias, uma mercantilização ou comercialização do acesso aos tribunais:

⁽⁹³⁾ Cf. BGH, de 9 de maio de 2019, processo n.º I ZR 205/17, in *Urteil des I. Zivilsenats vom 9.5.2019 — I ZR 205/17* — (<bundesgerichtshof.de>).

- O desencadear de uma ação judicial indenizatória passa a ser, através dos “*litigation funding agreements*”, a manifestação prestacional de um interesse lucrativo do financiador que é protagonizado pelo ator popular (v. *supra*, n.º 3.3.);
 - Existe aqui um exercício do direito de acesso aos tribunais em sentido contrário ao espírito deste direito fundamental (v. *supra*, n.º 2.7.) e em clara violação da própria função social da garantia de acesso à justiça (v. *supra*, n.º 2.5.) — os tribunais não existem para satisfazer propósitos de financiadores privados que desenvolvem uma atividade lucrativa de investimento em ações judiciais indenizatórias;
- iii) Regista-se que o desenvolvimento da atividade dos tribunais, enquanto órgãos de soberania, se reconduz, nestes casos, a mero objeto de atos comerciais de investimento no setor da justiça, num evidente desrespeito pela própria função social e dignidade constitucional dos tribunais:
- O lucro torna-se, em si e por si, o motivo principalmente determinante deste tipo de acesso contratual aos tribunais: em vez da justiça, o móbil é o comércio;
 - O direito de ação é instrumentalizado a fins de natureza patrimonial ou lucrativa, sendo esse o propósito subjacente aos “*litigation funding agreements*” — há aqui, neste sentido, uma litigância abusiva;
- iv) O exercício da atividade jurisdicional passa a ser objeto de um determinado contrato de investimento entre privados, observando-se que os “*litigation funding agreements*” destinados a financiar ações populares indenizatórias comportam, por tudo isto, um abuso do direito de acesso à justiça:
- Há aqui um verdadeiro desvio de exercício do direito de ação popular, por natureza altruísta e desinteressado (v. *supra*, n.º 3.3.), subvertendo-se o sentido e a função do próprio poder judicial;
 - Não pode uma tal forma de exercício do direito de ação popular encontrar proteção normativa no âmbito do art. 52.º, n.º 3, da Constituição: a utilização de “*litigation funding agreements*” para financiar ações populares indenizatórias encontra-se fora do programa normativo do referido dispositivo constitucional;
- v) Por tudo isto, qualquer lei que, por hipótese académica, viesse admitir contratos de financiamento de ações populares indemni-

zatórias deverá ter-se por inconstitucional: não se encontra na margem de liberdade conformadora do legislador a mercantilização do exercício da função jurisdicional ou do acesso aos tribunais, nem subverter o papel social e a dignidade institucional do poder judicial e dos órgãos de soberania — neste caso, dos tribunais —, uma vez que estamos aqui diante de um espaço de reserva de Constituição e, por consequência, excluído da intervenção dispositiva pelo legislador.

3.4.3. Verifica-se, neste contexto argumentativo, que, nos termos de uma jurisprudência firme do nosso Tribunal Constitucional, o direito de acesso aos tribunais encontra-se pautado pelo seguinte princípio geral: “evitar a instrumentalização do direito de ação para fins exclusivamente patrimoniais”⁽⁹⁴⁾.

Ora, esse evitar a instrumentalização do direito de ação popular a “fins exclusivamente patrimoniais”, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, só pode conduzir à inconstitucionalidade de qualquer norma habilitando a utilização dos contratos de financiamento de ações indemnizatórias, sobretudo servindo-se da amplitude da legitimidade do autor nas ações populares: a utilização dos “*litigation funding agreements*” em ações populares indemnizatórias traduz um exemplo típico de “instrumentalização do direito de ação para fins exclusivamente patrimoniais”.

A exclusão da admissibilidade da utilização dos “*litigation funding agreements*” em ações populares indemnizatórias, por via da figura do abuso do direito, permite comprovar, tal como a própria jurisprudência constitucional reconhece, que o abuso do direito constitui um princípio geral que funciona como “válvula de segurança do sistema” (v. *supra*, n.º 2.8.).

3.4.4. Nem se invoque, em sentido contrário à ilicitude dos “*litigation funding agreements*” em ações populares indemnizatórias, o postulado da máxima efetividade das normas sobre direitos fundamentais, visando admitir no âmbito de proteção do art. 52.º, n.º 3, da Constituição a validade dos contratos de financiamento de tais ações judiciais indemnizatórias:

⁽⁹⁴⁾ Neste sentido, a propósito da justificação da existência de um prazo para a instauração de ações judiciais, cf. Acórdão n.º 394/2019, processo n.º 471/2017, de 3 de julho de 2019, in *TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 394/2019* (<tribunalconstitucional.pt>).

- i) Por um lado, o âmbito de operatividade do princípio da máxima efetividade das normas jusfundamentais só começa quando não há uma situação de exercício inadmissível do direito fundamental em causa:
- O abuso do direito exclui ou impede a máxima efetividade do direito de acesso aos tribunais ou do direito de ação popular;
 - O exercício inadmissível de um direito fundamental não se encontra dentro do âmbito de proteção da norma jusfundamental (v. *supra*, n.º 2.8.), ocorrendo aqui uma delimitação negativa do campo aplicativo do princípio da máxima efetividade do direito fundamental;
 - Deste modo, onde há abuso não há máxima efetividade, onde existe máxima efetividade não pode existir exercício abusivo do direito fundamental;
- ii) Por outro lado, as situações de abuso do direito justificam até uma contração interpretativa e aplicativa do âmbito de proteção da norma jusfundamental, nos termos de juízo ponderativo pautado pelos postulados da proporcionalidade e da justiça (v. *supra*, n.º 2.8.), pois nenhuma norma do sistema jurídico pode, à luz da unidade de todos os valores constitucionais, integrar dentro do respetivo programa normativo situações factuais de exercício disfuncional e abusivo de um pretensão direito fundamental *prima facie*;
- iii) Por último, o intérprete deverá sempre fazer uma interpretação das disposições legais que consagram a admissibilidade de ações populares indemnizatórias — desde logo, a Lei da Ação Popular (Lei n.º 83/95) e o art. 19.º da Lei do *Private Enforcement* da Concorrência (Lei n.º 23/2018) — no sentido de excluir a utilização de contratos de financiamento sujeitos a *success fee*, sob pena de, ante um exercício inadmissível da referida posição jusfundamental, ocorrer um abuso da Constituição (v. *supra*, n.ºs 2.9. e 2.10.), gerador de uma interpretação inconstitucional das referidas normas de direito ordinário.

3.5. Não deixa de ser revelante, até à luz de um princípio de interpretação do direito interno em conformidade ao Direito da União Europeia, que a própria União Europeia, por diversas vezes, em várias recomendações, tenha relacionado o financiamento por terceiros de ações de

tutela coletiva de natureza indemnizatória com a preocupação de evitar a litigância abusiva:

- i) A Resolução do Parlamento Europeu, de 2 de fevereiro de 2012, sobre “Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva”, num propósito expresso de evitar a utilização abusiva da ação coletiva, fala na “impossibilidade de financiamento por terceiros”, salientando-se que “os regimes jurídicos dos Estados-Membros não contemplam, regra geral, o recurso ao financiamento por terceiros”, justificando-se, por isso, que “a Comissão não deve estabelecer condições ou orientações sobre o financiamento dos pedidos de indemnização” (n.º 20)⁽⁹⁵⁾;
- ii) A Comunicação da Comissão Europeia, de 11 de junho de 2013, “Rumo a um quadro jurídico horizontal europeu para a tutela coletiva”, salienta o inconveniente da “litigância abusiva” (n.º 2.2.2), registando-se a afirmação expressa de que “o financiamento direto por terceiro de ações coletivas é considerado um potencial fator conducente à litigância abusiva” (n.º 3.9.1.), num cenário de reconhecimento de pluralidade de soluções entre os Estados-Membros e a necessidade, em caso de admissibilidade, de sujeitar esse financiamento a condições (*idem*)⁽⁹⁶⁾;
- iii) A Recomendação da Comissão Europeia, de 11 de junho de 2013, sobre os “Princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União”⁽⁹⁷⁾, salienta que uma das finalidades é “evitar a litigância abusiva” (n.º 1)⁽⁹⁸⁾:
 - Compreende-se, neste contexto, que se exija que o autor das ações tenha suficiente capacidade financeira [n.º 3, alínea c)] e declare ao tribunal a origem dos fundos de financiamento da ação (n.º 14), sem prejuízo de admitir que, em caso de

⁽⁹⁵⁾ Cf. *Jornal Oficial da União Europeia*, de 20 de agosto de 2013, in *Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva* (<europa.eu>).

⁽⁹⁶⁾ Cf. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0401&from=pt>>.

⁽⁹⁷⁾ Cf. RALF DEUTLMOSER, *Die Büchse der Pandora: Kollektiver Rechtsschutz in Europa*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2013, p. 652, ss.

⁽⁹⁸⁾ Cf. *Jornal Oficial da União Europeia*, de 26 de julho de 2013, in *Recomendação da Comissão, de 11 de junho de 2013, sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União* (<europa.eu>).

- financiamento por terceiro, o tribunal possa suspender a instância, verificadas certas circunstâncias (n.º 15), além de definir um conjunto de práticas interditas que os Estados-Membros devem consagrar (n.º 16);
- Estabelece mesmo, a título de princípio geral, a proibição de “basear a remuneração paga ao financiador ou a taxa de juro por este cobrada no montante do pagamento obtido ou da indemnização atribuída” (n.º 32).

Em suma, o Direito da União Europeia, num firme propósito de evitar a litigância abusiva⁽⁹⁹⁾, não consagra qualquer postura genérica de admissibilidade de financiamento por terceiro de ações coletivas de natureza indemnizatória, antes revela sérias cautelas destinadas a evitar uma utilização abusiva do direito de acesso aos tribunais e de subversão do próprio sentido e função de tais ações indemnizatórias.

Não é possível extrair do Direito da União Europeia qualquer princípio de interpretação do direito nacional no sentido de ser reconhecida a admissibilidade de contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias, antes a ausência de lei nacional a prever e a regular as condições da sua utilização deve ser entendida, à luz da Recomendação da Comissão Europeia, de 11 de junho de 2013, como proibindo cláusulas remuneratórias do financiador através de *success fee* proveniente do valor da indemnização reconhecida aos lesados⁽¹⁰⁰⁾.

E uma tal conclusão mostra particular importância na interpretação da Lei da Ação Popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto) e do art. 19.º da Lei do *Private Enforcement* da Concorrência (Lei n.º 23/2018, de 5 de junho).

3.6. Observa-se, num outro sentido, que o direito de acesso à justiça não foi consagrado pela Constituição para que terceiros ao processo possam obter vantagens patrimoniais, exercendo uma atividade comercial que, por via da utilização dos tribunais, transformam os processos judiciais de natureza indemnizatória em instrumento de lucro, numa disfuncionalidade centrada em dois parâmetros (v. *supra*, n.º 2.7.):

⁽⁹⁹⁾ Trata-se, de algum modo, de evitar a situação norte-americana, cf., especificamente sobre esta última experiência, ELIZABETH KORCHIN/PATRICK DEMPSEY/ERIC BLINDERMAN, *The Third Party Litigation Funding Law Review: USA*, de 22 de novembro de 2021, in *The Third Party Litigation Funding Law Review — The Law Reviews*.

⁽¹⁰⁰⁾ Sobre uma possível proposta de regulamento da União Europeia sobre o financiamento de litígios por terceiros, cf. ADRIAN CORDINA, *The time is ripe? Proposed regulation of third party litigation funding in the European Union*, in <<https://conflitsflaws.net/2021>>.

- i) Os contratos de financiamento de ações populares indenizatórias, tendo como motivo principalmente determinante a prossecução de um fim alheio ao direito de acesso à justiça, comportam uma habilitação para um exercício inadmissível deste direito fundamental e uma forma abusiva ou disfuncional de utilização do Poder judicial:
- Os tribunais não existem para que a sua atividade seja transformada, por via de contratos de financiamento de ações indenizatórias, em negócios comerciais de investimento de risco;
 - O direito de acesso à justiça não pode ser instrumentalizado à prossecução imediata de fins exclusivamente patrimoniais (v. *supra*, n.º 3.4.3.), nem servir de meio para o enriquecimento do financiador que é um terceiro no processo (v. *supra*, n.º 3.4.1.);
- ii) O Poder judicial e o inerente exercício da função jurisdicional são utilizados, através de tais contratos privados de financiamento de ações populares indenizatórias, como instrumentos contrários à dignidade e ao prestígio dos tribunais como órgãos de soberania:
- A mercantilização da justiça indenizatória torna a justiça menos justa ou menos nobre;
 - Atinge-se intoleravelmente o prestígio da função jurisdicional e, deste modo, lesa-se uma base estruturante da Constituição.

Aqui reside, em suma, o alicerce do abuso do direito fundamental de acesso à justiça — no caso, do direito de ação popular indenizatória — e a própria utilização inadmissível do Poder Judicial, tendo como resultado o abuso de Constituição.

Em suma, não obstante a utilização de um contrato de financiamento de contencioso de ações populares indenizatórias possa ser, *prima facie*, compatível com o direito de acesso aos tribunais (v. *supra*, n.ºs 2.1.e 3.1.), a verdade é que o seu exercício em concreto, nos termos em que se consubstancia num exercício inadmissível de um tal direito fundamental, por atentar contra o fim, o espírito e quadro político-axiológico de referência, traduz uma situação de abuso de direito fundamental e de Constituição — esse exercício abusivo encontra-se fora do programa normativo ou do âmbito de proteção do respetivo preceito jusfundamental.

C) “*Litigation funding agreement*” em ações populares indemnizatórias e liberdade contratual

3.7. Sabemos já que, num juízo *prima facie*, a liberdade contratual — enquanto manifestação da autonomia da vontade ancorada nas normas jusfundamentais que garantem a iniciativa económica privada, o direito de propriedade privada e a existência de um setor privado dos meios de produção — habilita a celebração de acordos de financiamento de contencioso, designadamente para efeito de serem desencadeadas ações populares indemnizatórias (v. *supra*, n.º 2.1.).

A doutrina portuguesa tem trabalhado já, sob a influência do pensamento germânico, as limitações à liberdade contratual, desde logo os limites imanentes que alicerçam o abuso da liberdade contratual⁽¹⁰¹⁾, aprofundando, em especial, a dogmática do abuso da liberdade de conformação, num quadro de abuso do poder negocial, tendo por base um princípio nuclear: a autonomia contratual não é ilimitada, uma vez que não compreende a “deturpação da sua funcionalidade própria, a vigência geral de critérios de uma justa conformação dos interesses”⁽¹⁰²⁾.

A ausência de uma liberdade contratual irrestrita determina, ante contratos de financiamento de contencioso, atendendo ao seu propósito mercantilista ou comercial (v. *supra*, n.º 3.3.), a insusceptibilidade de, por se situarem fora do âmbito de proteção do art. 52.º, n.º 3, da Constituição (v. *supra*, n.º 3.4.2.), serem utilizados para financiar ações populares indemnizatórias:

- i) A circunstância de se estar diante de uma conduta contratual que comporta um exercício abusivo do direito de acesso aos tribunais — e, em termos específicos, do direito fundamental de ação popular — (v. *supra*, n.ºs 3.4. e 3.6.), diz-nos que deparamos com um vínculo contratual contrário à lei — o abuso do direito expressa sempre uma conduta violadora da juridicidade (v. *supra*, n.º 2.8.);
- ii) Trata-se, aliás, de contratos contrários à lei constitucional (v. *supra*, n.º 3.6.), pois consubstanciam um abuso de um direito fundamental e, simultaneamente, da Constituição (v. *supra*, n.ºs 2.9. e 2.10.);
- iii) Por serem violadores de lei, tais contratos são nulos⁽¹⁰³⁾, sendo essa nulidade de conhecimento oficioso pelos tribunais⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰¹⁾ Cf. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato*, p. 517, ss.

⁽¹⁰²⁾ Cf. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato*, p. 521.

⁽¹⁰³⁾ Cf. Código Civil, arts. 280.º, n.º 1, e 294.º.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf. Código Civil, art. 286.º.

3.8. Num outro sentido, a circunstância de a entidade financiada (e futuro autor da ação popular indemnizatória) dispor, por via do contrato de financiamento do contencioso, de uma parte da indemnização que venha a ser atribuída aos consumidores lesados a favor do financiador (v. *supra*, n.º 3.3.), merece sérias observações de incidência jurídico-constitucional:

- i) Em primeiro lugar, o futuro ator popular assume um compromisso ante o financiador, através do contrato de financiamento, que, fazendo-o remunerar por uma parcela (mais ou menos substancial) do eventual montante a receber pela procedência da ação indemnizatória, como se ele fosse o titular desse direito de crédito, sabendo-se que este último, a existir e a ser reconhecido pelo tribunal, pertence aos lesados:
 - A titularidade do direito de crédito indemnizatório não pertence ao ator popular, antes reside nos lesados, de modo que o financiado dispõe, por via do *sucess fee* a favor do financiador, de uma parte desse direito de crédito como se fosse seu titular;
 - Independentemente de o financiado estar a produzir um enriquecimento do financiador, numa afetação de um montante indemnizatório alheio a favor de quem não é lesado, gerando um exercício abusivo do direito de ação popular (v. *supra*, n.ºs 3.4. e 3.6.), a verdade é que se encontra também a lesar um direito de conteúdo patrimonial dos lesados, amputando-lhes uma parcela da indemnização que lhes venha a ser atribuída;
 - Sem habilitação legal para o fazer, uma vez que não existe lei que permita uma tal intervenção dispositiva do ator popular (e do financiador) sobre a esfera patrimonial dos lesados, ocorre aqui, através do *sucess fee* previsto no contrato de financiamento a favor do financiador e retirado do montante indemnizatório atribuído aos lesados, uma conduta ablativa do direito de propriedade privada destes últimos;
 - O contrato de financiamento consubstancia, se a ação indemnizatória for julgada procedente e determinar o pagamento de um *sucess fee* ao financiador, a violação do direito de propriedade privada dos lesados — estamos diante de um vínculo lesivo de terceiros;
 - O contrato de financiamento de contencioso no âmbito de ações indemnizatórias traduz, em síntese, uma violação da garantia constitucional da propriedade privada dos lesados;

ii) Em segundo lugar, uma vez que não existe norma legal a permitir que o financiado (e o financiador) disponha(m), por via do *sucess fee* a favor do financiador, de uma parte do direito de crédito indemnizatório que venha a ser reconhecido aos lesados, numa clara violação do direito fundamental de propriedade destes últimos, deparamos com um exercício abusivo da liberdade contratual:

- O contrato de financiamento de ações populares indemnizatórias consubstancia o exercício inadmissível da liberdade contratual do financiado e do financiador, uma vez que, dispondo de parte de um direito de crédito alheio, lesa o conteúdo essencial de um direito fundamental titulado por terceiro [v. *supra*, n.º 2.7., (ii)];
- Não existe aqui, por conseguinte, qualquer liberdade contratual ou autonomia da vontade privada que, ante o silêncio da lei face à exclusão da validade dos “*litigation funding agreements*”, deva ser interpretado como significando a sua admissibilidade jurídica no âmbito de ações populares indemnizatórias: a circunstância de lesar um direito fundamental de terceiros determina que nos encontremos diante de um exercício abusivo e, por isso, inadmissível da liberdade contratual;
- Funcionando o abuso do direito como cláusula geral ou princípio implícito não escrito que circunscreve o âmbito de proteção de cada norma jusfundamental⁽¹⁰⁵⁾, a liberdade contratual nunca pode compreender formas de exercício que envolvam lesão do direito de propriedade de terceiros: a ausência de lei aqui só pode ser um significado — a proibição de contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias cuja remuneração do financiador se baseie num *sucess fee* retirado do montante indemnizatório atribuído aos lesados;

iii) Em terceiro lugar, a celebração de contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias, se *prima facie* se poderia alicerçar na liberdade de iniciativa económica privada do financiador (v. *supra*, n.ºs 2.1. e 3.7.), o certo é que, atendendo à respetiva arquitetura remuneratória do próprio financiador, uma vez que envolve uma lesão de direitos de conteúdo patrimonial pri-

(105) Cf. v. *supra*, n.ºs 2.3., 2.8., 2.9. e 2.10.

- vado dos lesados e um exercício inadmissível da liberdade contratual, acaba por, reflexamente ou em termos sucessivos, comportar um abuso da liberdade de iniciativa económica privada:
- A iniciativa económica privada não se pode exercer se dela resultar a disposição de bens de terceiros sem habilitação legal para o efeito: tal como a venda de bens alheios é nula⁽¹⁰⁶⁾, igualmente a afetação (parcial ou total) do eventual montante indemnizatório do direito de crédito dos lesados a favor do financiador não poderá deixar de ser igualmente nula, ante a ausência de habilitação legal ou dos próprios para esse efeito;
 - A arquitetura nuclear dos “*litigation funding agreements*”, centrando-se na remuneração do financiador através de um *success fee* proveniente da indemnização auferida pelos lesados, não pode deixar de ser, ante situações de ação popular indemnizatória e perante a ausência de qualquer lei habilitante, juridicamente inadmissível na ordem jurídica portuguesa;
 - Não existe aqui, diante da violação de parâmetros constitucionais de exercício dos direitos e liberdades fundamentais em termos inadmissíveis, qualquer relevância operativa do princípio da máxima efetividade das normas jusfundamentais (v. *supra*, n.º 3.4.4.): não há máxima efetividade de direitos fundamentais em situações de exercício abusivo ou violador do núcleo essencial de direitos fundamentais de terceiros;
 - Nem se pode invocar, em sentido defensor da admissibilidade na ordem jurídica portuguesa dos “*litigation funding agreements*”, os exemplos do direito comparado, fazendo quase uma interpretação do direito nacional em conformidade ao direito britânico ou ao direito norte-americano: a Constituição portuguesa encerra um elenco de direitos fundamentais sem paralelo com os textos constitucionais anglo-saxónicos e a cláusula do abuso do direito funciona como limite geral ou “válvula de segurança do sistema” (v. *supra*, n.º 2.8.).

Todas estas razões permitem concluir, em síntese, que os contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias, atendendo ao seu modelo arquitetónico de remuneração do financiador, mostram-se contrá-

⁽¹⁰⁶⁾ Cf. Código Civil, art. 892.º.

rios à lei — especialmente contrários a normas jusfundamentais de natureza constitucional — e, nos termos do princípio geral resultante do Código Civil, enfermam de nulidade⁽¹⁰⁷⁾, devendo esta invalidade ser conhecida pelos tribunais oficiosamente⁽¹⁰⁸⁾.

Confirma-se, igualmente por esta linha argumentativa, a nulidade dos contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias anteriormente referida (v. *supra*, n.º 3.7.).

D) Síntese

3.9. O estudo até agora realizado permite extrair as três seguintes principais ilações sobre os “*litigation funding agreements*” de ações populares indemnizatórias:

- i) *Primeira ilação* — os contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias, envolvendo o pagamento ao financiador de um *success fee* proveniente do valor da indemnização reconhecida aos lesados, só num juízo *prima facie* se podem mostrar conformes ao ordenamento jurídico português (v. *supra*, n.ºs 2.1., 3.1. e 3.7.);
- ii) *Segunda ilação* — tais contratos de financiamento revelam um exercício abusivo dos direitos de acesso aos tribunais e de ação popular (v. *supra*, n.ºs 3.4. e 3.6.), assim como da liberdade contratual e, por essa via, do direito e liberdade de iniciativa económica privada, além de comportarem uma violação do direito de propriedade privada dos lesados que venham a receber uma indemnização (v. *supra*, n.º 3.8.);
- iii) *Terceira ilação* — o abuso de direito, neste caso um abuso de posições jurídicas jusfundamentais garantidas pela Constituição, conduz a que os contratos de financiamento sejam contrários a lei constitucional e, nos termos do princípio geral do Código Civil⁽¹⁰⁹⁾, se devam considerar nulos (v. *supra*, n.ºs 3.7. e 3.8.).

⁽¹⁰⁷⁾ Cf. Código Civil, arts. 280.º, n.º 1, e 294.º.

⁽¹⁰⁸⁾ Cf. Código Civil, art. 286.º.

⁽¹⁰⁹⁾ Cf. Código Civil, artigos 280.º, n.º 1, e 294.º.

E) Excurso: a projeção processual do abuso do direito substantivo

3.10. Tal como sucede relativamente a todas as posições jurídicas subjetivas, pois não há direitos sem limites (v. *supra*, n.º 2.2.), igualmente o direito de ação judicial não é absoluto, nem o seu exercício arbitrário, encontrando-se limitado, desde logo, pela cláusula geral do abuso do direito⁽¹¹⁰⁾: o exercício inadmissível do direito de ação, envolvendo a sua disfuncionalidade, traduz a expressão de um ilícito.

Haverá abuso do direito de ação sempre que, nas palavras do Supremo Tribunal de Justiça, “as razões que presidem ao exercício desse direito e os fins concretamente prosseguidos por essa via exorbitem manifestamente o fundamento axiológico em que o ordenamento jurídico substantivamente assentou quando entendeu conferir-lhe tal possibilidade de atuação judicial”⁽¹¹¹⁾.

Sucedo, no entanto, que o abuso do direito de ação poderá ter na sua base duas diferentes ordens de razões:

- i)* Pode haver abuso do direito de ação decorrente de puras razões de índole adjetiva (v.g., o exercício do direito de ação apenas com propósitos de vexar ou prejudicar o réu, sem qualquer utilidade para o autor, reconduzindo-se a puras situações emulativas)⁽¹¹²⁾ — sendo possível aqui falar-se em abuso do direito de ação originário ou próprio;
- ii)* Mas pode também o abuso do direito de ação alicerçar-se em razões de natureza substantiva que, visando obter uma tutela judicial, contaminam a jusante o exercício do direito de ação, tornando-o abusivo (v.g., um menor que, dolosamente, se faz passar por maior, vem depois desencadear uma ação pedindo a anulabilidade do ato) — haverá aqui, agora, um abuso do direito de ação em termos sucessivos ou derivados.

Neste último domínio, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem adotado uma postura em que confirma as decisões recorridas que,

⁽¹¹⁰⁾ Neste sentido, cf. FERNANDO A. CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, p. 143; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*, p. 37, ss. e 139, ss.; PAULA COSTA E SILVA, *A Litigância de Má-Fé*, Coimbra, 2008, p. 368, ss. e 618, ss.

⁽¹¹¹⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de fevereiro de 2022, processo 116/16.1T8OLH.LE1.S1, in *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>).

⁽¹¹²⁾ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*, pp. 90-91.

tendo por fundamento um exercício abusivo de uma posição jurídica substantiva, conduzem à improcedência da ação⁽¹¹³⁾, partindo do princípio de que “as consequências jurídicas do exercício abusivo do direito podem ser da mais variada ordem, posto que o resultado ilegítimo a que levaria esse exercício fique neutralizado”⁽¹¹⁴⁾.

E, num sentido complementar, a jurisprudência tem entendido que igualmente o abuso do direito é de conhecimento officioso⁽¹¹⁵⁾, sem prejuízo de considerar que, “não tendo o mesmo sido invocado pelas partes, o tribunal apenas dele deve conhecer quando o mesmo se afigure manifesto, ou seja, quando as circunstâncias do caso apontem claramente no sentido da sua verificação”⁽¹¹⁶⁾.

§4.º Conclusões

- 4.1. Uma vez que não há direitos fundamentais absolutos, podem existir, tendo presentes os limites fixados expressa ou implicitamente pela ordem jurídica, formas de exercício admissível e formas de exercício inadmissível de posições jurídicas jusfundamentais: o exercício abusivo de direitos fundamentais consubstancia uma conduta de facto que extravasa o programa normativo subjacente à posição jurídica exercida, num agir fora do âmbito de proteção da norma jusfundamental.
- 4.2. O exercício abusivo de um direito fundamental revela uma atuação disfuncional ou desequilibrada do seu titular, em termos de intensidade ou de execução, traduzindo um exercício inadmissível de uma posição jurídica: o abuso do direito fundamental pode decorrer de um exercício (*i*) em sentido contrá-

⁽¹¹³⁾ Cf. PAULA COSTA E SILVA, *A Litigância de Má-Fé*, p. 369.

⁽¹¹⁴⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de março de 2021, processo 11863/16.3T8PNF.P1.S1, in *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>).

⁽¹¹⁵⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4 de abril de 2002, processo n.º 02B749, in *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de fevereiro de 2019, processo n.º 2069/14.1T8PRT.P1.S1, in *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de novembro de 2020, processo n.º 306/15.4T8AVR-A.P1.S2, in *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* (<dgsi.pt>);

⁽¹¹⁶⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de novembro de 2020, processo n.º 306/15.4T8AVR-A.P1.S2, *cit.*

rio ao fim justificativo do direito ou à sua função social, (ii) em termos fortemente lesivos de uma posição subjetiva jusfundamental de terceiro ou (iii) envolvendo a violação grave de valores nucleares da comunidade ou de princípios estruturantes da ordem constitucional.

- 4.3. A circunstância de uma certa conduta factual se incluir *prima facie* ou aparentemente no âmbito material de uma norma jusfundamental não significa, à luz de uma ponderação balizada pelos princípios da proporcionalidade e da justiça, tomando como referência outros padrões normativos do sistema jurídico, que nos encontremos diante de um exercício admissível de um tal direito fundamental.
- 4.4. A proibição de abuso de direitos fundamentais, traduzindo uma cláusula geral limitativa do exercício de todos os direitos fundamentais, expressa uma norma implícita da Constituição que, ante situações concretas de exercício inadmissível de direitos fundamentais, gera um reajuste aclarativo da amplitude do âmbito de proteção jusfundamental que subjaz ao programa normativo que alicerça esse direito fundamental.
- 4.5. O abuso de direitos fundamentais reconduz-se a uma modalidade de abuso da Constituição: o exercício abusivo de um direito fundamental envolve sempre a utilização indevida de uma norma jusfundamental para prosseguir finalidades alheias ao conteúdo ou ao âmbito de proteção do direito fundamental em causa.
- 4.6. Tendo a conceptualização do abuso do direito surgido em torno da utilização indevida do acesso aos tribunais, segundo a doutrina e a jurisprudência do século XIX, verifica-se que a utilização dos “*litigation funding agreements*” em ações populares indemnizatórias consubstancia, à luz do vigente ordenamento jurídico-constitucional português, uma forma de exercício abusivo do direito de acesso aos tribunais.
- 4.7. Com efeito, se, num juízo *prima facie*, a utilização de um contrato de financiamento de contencioso de ações populares indemnizatórias possa ser compatível com os direitos de acesso aos tribunais e de ação popular, a verdade é que o seu exercício em concreto, nos termos em que se consubstancia num exercício inadmissível de tais direitos fundamentais, por

atentar contra o fim, o espírito e o quadro político-axiológico de referência, traduz uma situação de abuso de direito fundamental e de Constituição, encontrando-se fora do programa normativo ou do âmbito de proteção dos respetivos preceitos constitucionais.

- 4.8. Por um lado, a natureza comercial do contrato de financiamento de ações populares indemnizatórias conduz a uma mercantilização ou comercialização do direito de acesso aos tribunais: o exercício da ação popular indemnizatória serve de mero instrumento lucrativo por parte de um financiador, transformada que está a ação judicial em objeto de um negócio lucrativo, em claro sentido contrário à natureza e à função constitucional do direito de ação popular.
- 4.9. Por outro lado, através de tais contratos de financiamento de ações indemnizatórias, o desenvolvimento da atividade jurisdicional dos tribunais, enquanto órgãos de soberania, reconduz-se a mero objeto de atos comerciais de investimento privado no setor da justiça, num evidente desrespeito pela própria função social e dignidade constitucional dos tribunais e, por isso, em abuso do direito de acesso à justiça.
- 4.10. Por último, esses contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias, tendo como motivo principalmente determinante a prossecução de um fim alheio ao direito de acesso à justiça, comportam uma forma abusiva ou disfuncional de utilização do Poder judicial: há aqui, por via de tais contratos, um exercício da função jurisdicional em sentido atentatório da dignidade e do prestígio dos tribunais como órgãos de soberania.
- 4.11. A própria jurisprudência do Tribunal Constitucional, excluindo a instrumentalização do direito de ação popular a “*fins exclusivamente patrimoniais*”, conduzirá à inconstitucionalidade de qualquer eventual norma legal habilitando a utilização dos contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias, verificando-se, por outro lado, que o postulado da máxima efetividade das normas sobre direitos fundamentais nunca poderá ser usado ante situações de exercício abusivo do direito de ação popular.
- 4.12. Nem se mostra possível extrair do Direito da União Europeia qualquer princípio de interpretação do direito nacional no sen-

tido de ser reconhecida a admissibilidade de contratos de financiamento de ações populares indemnizatórias: a ausência de lei nacional deve ser entendida, à luz da Recomendação da Comissão Europeia, de 11 de junho de 2013, como proibindo cláusulas remuneratórias do financiador através de um *success fee* proveniente do valor da indemnização reconhecida aos lesados — assim devem ser interpretadas as normas nacionais que consagram o direito de ação popular indemnizatória.

- 4.13. Numa perspectiva diversa, se a liberdade contratual, enquanto manifestação da autonomia da vontade ancorada em normas jusfundamentais, habilita, num juízo *prima facie*, a celebração de acordos de financiamento de contencioso, designadamente para efeito de serem desencadeadas ações populares indemnizatórias, o certo é que não há uma liberdade contratual ilimitada ou irrestrita.
- 4.14. Desde logo, ante contratos de financiamento de contencioso de ações populares indemnizatórias com claros propósitos mercantilistas ou comerciais, situados fora do âmbito de proteção do art. 52.º, n.º 3, da Constituição, observamos uma conduta contratual que comporta um exercício abusivo dos direitos de acesso aos tribunais e de ação popular, reconduzível a um vínculo contratual contrário à lei e, por isso, ferido de nulidade.
- 4.15. Além disso, a circunstância de a entidade financiada (e futuro autor da ação popular indemnizatória) dispor, por via do contrato de financiamento do contencioso, de uma parte da indemnização que venha a ser atribuída aos lesados a favor do financiador, mostra-se atentatória de um direito de conteúdo patrimonial dos lesados, amputando-lhes uma parcela da indemnização a que venham a receber: o contrato de financiamento consubstancia, se a ação indemnizatória for julgada procedente e determinar o pagamento de um *success fee* ao financiador, a violação do direito de propriedade privada dos lesados.
- 4.16. Neste último sentido, uma vez que o contrato de financiamento dispõe de parte de um direito de crédito alheio, lesando o conteúdo essencial de um direito fundamental titulado por terceiro, existe aqui um exercício abusivo da liberdade contratual por parte do financiado e do financiador: a arquitetura remuneratória do financiador comporta um abuso da liberdade de ini-

ciativa económica privada, mostrando-se, por isso, o contrato contrário à lei, sendo, uma vez mais, nulo.

- 4.17.** O direito de ação também poderá ser objeto de um exercício abusivo, sendo possível recortar-se um abuso de direito de ação em sentido próprio ou originário, se alicerçado em puras razões adjetivas, e, em sentido diferente, um abuso do direito de ação derivado ou sucessivo, se fundado em razões de natureza substantiva que se projetam numa pretensão de tutela judicial.
- 4.18.** Se uma ação judicial indemnizatória traduzir um exercício abusivo do direito de ação popular, a sua neutralização deve efetuar-se por uma decisão judicial de improcedência, sabendo-se que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, o abuso do direito é de conhecimento oficioso pelo juiz.