



Litigation Finance

Lourenço Rodrigues de Carvalho

lourencorcarvalho@gmail.com

Tomás Canaverde Pereira

tomascanaverde@outlook.pt

Working Paper N.º 03/2026

Setembro 2026

This paper can be downloaded without charge from the Governance Lab website at:
www.governancelab.org.

The contents of this paper are the sole responsibility of their authors.

Litigation Finance

Lourenço Rodrigues de Carvalho

Tomás Canaverde Pereira

SUMÁRIO: 1. **Introdução;** 1.1. Breve Análise Histórica; 1.2. Prática Portuguesa? 2. **Limites gerais (regulação específica?);** 2.1 Decreto de Lei n. °298/92, de 31 de dezembro (RGICSF); 3. **Poder de disposição pelas partes;** 4. **Natureza jurídica;** 4.1. Mútuo parciário; 4.2. Distinção entre mútuo parciário e associação em participação; 4.3. Rejeição da invalidade substancial da figura: da não aplicação analógica do 1146.º do Código Civil; 5. **Balanço crítico: vantagens e desvantagens;** 5.1. Vantagens; 5.2. Desvantagens; 6. **Conclusão**

ABSTRACT

Herein, we seek to conduct the most thorough and rigorous analysis possible of the figure of litigation finance, or third-party funding, in Portugal. Starting from a brief historical and formal overview of the mechanism, we sought to determine the manner in which the Portuguese legal order receives it. We believe that we have advanced a unique position within the doctrine concerning its legal nature, as such a characterisation allows for a clear and unequivocal understanding of its contractual model and, consequently, enables us to assert the substantive validity of the transaction under Portuguese private law.

KEY WORDS

Litigation Finance; Third-Party Funding; participating loan; silent partnership; RGICSF; licensing of financial activities; usury

1-Introdução

Pela presente exposição visa-se proceder, efetivamente, a uma análise holística da operação de *litigation finance*¹/ *Third Party Funding*² à luz do ordenamento jurídico português. Nesta sede, é imperioso afirmar, perentoriamente, que só se compreenderá verdadeiramente a figura se percebermos o seguinte: I) onde, quando e por que razões é que a figura negocial surgiu; II) as funções, finalidades e objetivos que são prosseguidas pela operação de “*Litigation Finance*”; III) como é que o ordenamento português recebe esta figura e; IV) a validade substantiva da figura. Ora, observando cada um dos quatro pontos acima elencados como fundamentais para uma correta compreensão do “*Third Party Funding*”, é fácil perceber que a análise terá, necessariamente, de ser bastante comparatística com outros ordenamentos jurídicos, mormente com ordenamento onde a figura surgiu primeiramente e onde tem extrema relevância prática – o ordenamento jurídico norte-americano.

Com efeito, é mister nesta introdução avançar com uma definição para “*Litigation Finance*” – ainda que sem as preocupações de exaustividade, que se observarão mais à frente na presente exposição. A mais sofisticada doutrina norte-americana distingue entre um conceito lato e restrito quando se debruça sobre a *litigation finance*³. Quando falamos de modo mais restrito podemos afirmar que a *litigation finance* é uma operação em que um terceiro disponibiliza capital ao autor de uma ação judicial somente para o mesmo fazer face aos custos inerentes à ação judicial – eg. Honorários, taxas de justiça, custas processuais...- e em troca receberá uma percentagem do valor que a parte obtenha com o ganho da causa⁴. No polo oposto, um entendimento mais lato dirá que estamos perante uma operação em que um terceiro disponibiliza capital a uma parte litigante, tendo esse financiamento algum tipo de conexão com litígio em que essa parte participa. Na maior parte dos casos, esse financiamento será concedido aos autores⁵ que pretendam obter com a respetiva ação uma indemnização pecuniária.

¹ O tema assume bastante debatido na doutrina anglosáxonica, em virtude da extrema relevância prática que a figura assume em tais ordenamentos. Cf., entre outros: BEDI, SUNEAL & MARRA, WILLIAM C “The Shadows of Litigation Finance”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 74, Number 3, April 2021.

² A – ainda – escassa doutrina Portuguesa que se pronunciou sobre este tema prefere utilizar a expressão “Third Party funding” em detrimento da expressão “Litigation Finance”. Cf. VIEIRA, ANA SOFIA “*Third Party Funding* na Arbitragem Internacional- O dilema da necessidade (ou não) da sua revelação”, Tese de Mestrado, Nova *School of Law*, Repositório da Universidade Nova de Lisboa, 2023; GORJÃO HENRIQUES DUARTE “*Third party funding*” ou financiamento de litígios por terceiros em Portugal” in *ROA*, Volume 75, Número 3, 2015; LEITE, ANTÓNIO PINTO “*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, 2014, Almedina.

³ Cfr. BEDI, SUNEAL & MARRA WILLIAM C “The shadows of litigation finance” in *Vanderbilt law review*, volume 74, April 2021, number 3.

⁴ Afastando-se deste entendimento, por ser demasiado restrito, classificando mesmo este tipo entendimento do *litigation finance* como “fees and cost funding”. Cfr. BEDI, SUNEAL & MARRA, WILLIAM C, op cit pp...571. Os autores advogam, ainda, que esta definição abarca apenas uma das possíveis modalidades de *litigation finance*.

⁵ A doutrina admite que é possível pensar em casos em que é a parte Ré que recebe o financiamento, apesar da admitir que serão raros os casos em que isso acontecerá “ (...). *Defense financing is theoretically available, though in practice rarely provided.*” Cf.”. Cfr. BEDI, SUNEAL & MARRA, WILLIAM C op.cit pp 571.

A doutrina portuguesa que se pronunciou sobre o TPF⁶/ *litigation finance* tende a aderir ao entendimento mais lato do conceito, porquanto, entende, em linha com que foi anteriormente exposto, que apesar de existir um modelo negocial “mais popular” de TPF – que corresponde em larga medida ao supra exposto entendimento restrito de *litigation finance*-, é errado dizer que o conceito de TPF abarca somente esse modelo negocial.⁷

Todavia, e apesar de por nossa parte concordarmos com o entendimento mais lato e abrangente do modelo negocial da *litigation finance*/TPF, a análise a que nos propomos fazer na presente exposição incidirá, evidentemente, sobre o modelo negocial, nas palavras de GORJÃO HENRIQUES “(...) o modelo mais popular e de fácil descrição⁸”- que como se disse corresponde ao entendimento restrito, o que a doutrina norte-americana classifica somente *fees and cost funding*. Tal assim será, porquanto é esse modelo negocial o mais usado, e ajuda a delimitar melhor os problemas e respostas que a figura traz, inexoravelmente, consigo.

1.1- Breve Análise Histórica

Pese embora exista na doutrina algumas dificuldades em situar, de modo exato, temporalmente o surgimento da figura negocial objeto do presente estudo, têm se entendido que o TPF despontou na Grécia Antiga (*sykophanteia*) e, também no direito Romano (*calumnia*)⁹.

Importa, nesta sede, explicar, ainda que sinteticamente e ancorados nos doutos ensinamentos de MAX RADIN¹⁰, no que é que se traduziam as figuras da *sykophanteia* e da *calumnia*, ambas que como se afirmou supra estão na origem do *Third Party Funding* moderno. É algo intuitivo afirmar que, regra geral, os litígios são compostos por três intervenientes: as partes – evidentemente na parte ativa o autor ou proponente da ação e, na parte passiva, o réu ou demandado - e o juiz¹¹. Todavia, como notava RADIN, existia, nesse período temporal uma forte exceção a isto: é que efetivamente, era quase “esperado” que quem fosse parte em julgamento trouxesse “apoiantes” consigo.¹²

Ora, é facilmente vislumbrável o problema que aqui surge: é que quem comparecesse ante o tribunal com uma grande falange de “apoiantes” era altamente bem visto: “(...) era considerado um homem com dignidade e respeitabilidade.”¹³ No polo oposto, quem era pouco apoiado era visto como um “desgraçado miserável¹⁴”. É neste contexto, e com o fito de corrigir esta

6 TPF é a sigla usada para descrever Third Party Funding. Quando for usada, infra, na presente exposição o leitor deve entender com o significado que lhe foi atribuído na presente nota de rodapé.

⁷ Cf. HENRIQUES, DUARTE GORJÃO, op cit. O autor advoga mesmo que: “Ao falar de modelo de negócio comete-se, desde logo, uma imprecisão. É que não existe só um modelo de negócio de financiamento de litígios por terceiros. É, além disso, questionável que o financiamento não existisse já e não continue a existir- sob diversas formas e praticado por diversos tipos de entidades, umas ligadas ao processo, outras não.”

⁸ Cf. HENRIQUES, DUARTE GORJÃO, in op. Cit pp...576.

⁹ Neste sentido, é mister citar a obra paradigmática de RADIN, MAX “Maintenance by champerty” California Law review 24, nº1 1935.

¹⁰ A doutrina Portuguesa que escreve sobre este tema e, mormente, quanto aos antecedentes históricos também se ancora no referido autor. Cf MENDES, DANIELA “Financiamento de litígios por terceiros”

¹¹ Aliás, RADIN, MAX classifica mesmo a intervenção de terceiros – leia-se, alguém externo às partes e ao juiz- como indecente e imoral.

¹² “It was expected that a man would come to his trial attended by friends, kinsmen or followers, his secta- his back.” Cf. RADIN, MAX op. cit pp.48.

¹³ Estamos a citar MENDES, Daniela in op cit pp...11.

¹⁴ Estamos a traduzir a impressiva expressão de RADIN, MAX “He was a miserable wretch (...)”.

desigualdade jus-processual, que surge no Séc. VI a.C. a figura da *sykophanteia*¹⁵: ao abrigo desta figura era admitida a presença de homens “bondosos” no julgamento com o fito de ajudarem a parte que não tinha apoiantes.

Não obstante as boas intenções da figura, logo se constatou que a mesma levou a alguns resultados indesejados: os intervenientes mostravam, muitas vezes, que apenas pretendiam retirar réditos através dos litígios que intervinham¹⁶.

Estas figuras, pese embora não se reconduzam *tout court* ao moderno TPLF tem o maior interesse, porquanto as mesmas influenciaram, em grande medida, o começo da teorização anglo-saxónica, da “*champerty and maintenance*.”¹⁷. Foi devido ao que *supra* foi exposto a propósito das figuras da *sykophanteia* e da *calumnia*, isto é, figuras que surgiram com a melhor das intenções, mas que rapidamente se tornaram símbolo de egoísmo e aproveitamento, que durante a idade média, surgiram proibições às chamadas praticas de *maintenance and champerty*.¹⁸ De modo bastante sucinto, e socorrendo-nos das acertadas palavras de DANIELA MENDES¹⁹ “(...) *maintenance* é uma modalidade de acordo com a qual um terceiro intervém num processo com o objetivo de prestar apoio financeiro a uma das partes. Já a *champerty* é uma espécie de *maintenance*, contudo, aqui a intervenção no litígio é acompanhada com uma recompensa, ou seja, o terceiro e a parte financiada vão estipular um valor que servirá de recompensa pelo seu investimento.”. Em jeito de conclusão, importa salientar que em jurisdições de matriz anglo saxónicas a proibição destas práticas de *maintenance and champerty* ainda ecoam, e obstam, frequentemente, à validade deste tipo de financiamentos.

1.2- Prática Portuguesa?

Não será chocante afirmar que Portugal não tem o mercado mais atrativo para este tipo de estrutura de financiamento, apesar de apresentar condições favoráveis ao respetivo crescimento²⁰. Os processos judiciais são morosos e, por regra, as custas processuais não são inoportáveis ou particularmente dispendiosas, para além de que existem mecanismos como o apoio judiciário e partilha de honorários²¹ que permitem o acesso à justiça com menos preocupações a nível financeiro. Do ponto de vista do *funder*, também por regra, o valor das ações e o montante das indemnizações conseguidas em juízo não são particularmente altas e exorbitantes como são nos Estados Unidos²², por exemplo, pelo que dificilmente se encontrará ações em Portugal que justifiquem a utilização deste mecanismo.

¹⁵ A figura da *calumnia* é, em traços gerais, sucedânea da *sykophanteia*. Assim, tendo em vista a necessária economia expositiva a que estamos adstritos, a descrição que ensaiamos para a última figura, valerá, também, para a primeira.

¹⁶ Cf. MENDES, DANIELA op.cit. pp 12.

¹⁷ Neste sentido, Cf. MENDES, DANIELA op.cit. pp. 12.

¹⁸ *Ibidem* pp.12.

¹⁹ *Ibidem* pp.13.

²⁰ Cf. MENDES, DANIELA, op cit, p.57, apontando como fator atrativo a “*não existência de impedimentos jurídicos à implementação desta atividade*”.

²¹ Cf. CARVALHO, CLÁUDIA op cit p.20.

²² País este onde existe uma verdadeira cultura de litigância, sem qualquer paralelo em Portugal. Veja-se a título de exemplo o caso *Bollea vs. Gwaker*, onde, resumidamente, o famoso *wrestler* conhecido como *Hulk Hogan* financiou-se junto do milionário Peter Thiel através de um esquema de TPF para abrir um processo judicial contra *Gawker Media*, por esta última ter publicado um vídeo no seu website que, segundo a acusação, violava a privacidade e outros direitos da esfera íntima de *Hulk Hogan*. O valor da indemnização chegou à casa da centena de milhão, paga pela *Gawker*, que passado três meses viu-se forçada a declarar insolvência.

Justifica-se então que o TPF tenha uma aplicação mais significativa no seio da arbitragem. Por um lado, os processos são mais expeditos e, por outro, os custos de acesso e manutenção destes mesmos pesam mais nos bolsos do autor, justificando-se assim o recurso a *funders*. Menos vantajoso para o estudo e desenvolvimento da figura do TPF em Portugal é a confidencialidade típica dos litígios resolvidos em sede de arbitragem. Quer isto dizer que ao contrário dos processos judiciais, cujas decisões e respetivas fundamentações são públicas, na arbitragem isso raramente acontece. Torna-se assim ainda mais difícil a compreensão desta figura em Portugal, bem como a consciência da existência, ou não, destes mecanismos em Portugal.

Num estudo²³ levado a cabo por várias entidades e institutos²⁴, a pedido da Comissão Europeia, foi recolhida e analisada informação sobre a prática (ou a falta dela) de TPF nos estados-membros da União Europeia, bem como noutros estados não membros. Nesse âmbito, cada estado selecionou um jurista do respetivo país para proceder com a análise. Em Portugal, essa responsabilidade recaiu sobre a Senhora Professora Catarina Monteiro Pires, que no seu *report* deu-nos valiosas luzes sobre a prática portuguesa do TPF. Pese embora não existir estatísticas oficiais relativas a este assunto e, por isso a informação disponível é proveniente de testemunhos diretos de partes que já estiveram envolvidas em esquemas de TPF²⁵, podemos retirar da análise de Catarina Monteiro Pires que: (i) existem algumas empresas ativas em Portugal que atuam como *funders*; (ii) desde de 2020 que se observa uma expansão no número de litígios que recorrem ao TPF e que (iii) a área onde há uma maior expressão desta figura é em ações populares iniciadas por associações privadas de defesa dos consumidores (não é de estranhar então a introdução do artigo 10.º do Decreto-Lei 114-A/2023, como veremos de seguida)²⁶.

2-Limites gerais (regulação específica?)

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei 114-A/2023 de 5 de dezembro, Portugal viu pela primeira vez regulado o TPF, apesar de estar limitado a ações coletivas que visam a proteção de consumidores. Até esse momento, observava-se uma completa omissão do nosso ordenamento de regulação deste tipo de atividades.

Este decreto resulta na transposição da Diretiva 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2020 relativa a ações coletivas para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores, onde o tópico do TPF é abordado expressamente no artigo 10.º.

Apesar desta disposição ser uma iniciativa a aplaudir, não deixa de ter um escopo de aplicação demasiado restrito, que não se coaduna com uma análise mais holística desta figura que propomos neste trabalho. Cabe-nos então procurar no ordenamento jurídico português pontos que possam possivelmente entrar em contacto com este tipo de negócios.

2.1-Decreto de Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (RGICSF)

Tanto em Portugal, como do espaço comunitário Europeu e Estados Unidos, o *third-party funding* ou *litigation finance* não depende de licenciamento como aquele que é exigido à

²³ *Mapping Third Party Litigation Funding in The European Union*, European Commission DG Justice and Consumers.

²⁴ *Justice and Consumers Evaluation Consortium* (JCEC), liderado pelo *British Institute of International and Comparative Law* (BIICL) e pela *Civic Consulting*, suportado por peritos da *Asser Institute* e pela *Risk & Policy Analysts* (RPA).

²⁵ Cf. PIRES, CATARINA MONTEIRO, in *Mapping (...) op cit.* p.399.

²⁶ Cf. PIRES, CATARINA MONTEIRO, in *Mapping (...) op cit.* p.399 a 401 para uma lista com algumas destas ações populares.

atividade bancária e financeira²⁷. Não obstante, importa analisar em que medida é que estas atividades estão (ou não) inseridas no escopo de aplicação do Decreto de Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras²⁸.

Um primeiro ponto a considerar será relativo às partes, em particular se o financiador num contrato “típico” de TPF/LT se pode enquadrar em alguma das categorias dos artigos 3.º ou 6.º do RGIC, isto é, como uma instituição de crédito ou sociedade financeira, respetivamente. Considerando o conjunto de disposições deste regime jurídico, é difícil enquadrar a figura do financiador no TPF/LF em qualquer das categorias já existentes de instituições de crédito ou sociedades financeiras²⁹. Por outro lado, não se vislumbra o contrato celebrado entre financiador e financiado como um daqueles contratos financeiros elencados no n.º 2 do artigo 8.º (como iremos analisar em detalhe mais abaixo).

DUARTE GORJÃO HENRIQUES³⁰ ensaia a possibilidade de se equiparar o acordo de financiamento de litígios a um contrato sobre valores mobiliários, o que preenchia a previsão do referido artigo por via da alínea f) do n.º 1 do artigo 4.º. Esta tese tem por de trás a ideia de que o litígio, ou mais rigorosamente, o possível e provável crédito que vai surgir deste litígio, é um ativo ou bem passível de ser transacionado como um outro qualquer produto financeiro. Nos Estados Unidos já existem agentes ou *brokers* especializados neste tipo de “produto financeiro”³¹, o que se compreende tendo em conta o verdadeiro mercado de TPF/LF existente no país³². Em Portugal, parece-nos forçado esta conceção. A realidade do nosso mercado não permite sequer enveredar por este caminho³³: valor da causa é geralmente baixo, os processos judiciais são morosos³⁴ e, em traços mais gerais, não existe em Portugal a cultura de litigância que existe por exemplo nos EUA.

Recusa-se assim, na esteira de DUARTE GORJÃO HENRIQUES, a ideia de que o litígio possa ser considerado um valor mobiliário e por isso abrangendo também os contratos de futuros ou a prazo e os contratos de *swap* ou opções (instrumentos financeiros derivados)³⁵³⁶.

²⁷ HENRIQUES, DUARTE GORJÃO op cit. p. 585.

²⁸ Doravante “RGIC”.

²⁹ Neste sentido, PIRES, CATARINA MONTEIRO op cit. p.404 e HENRIQUES, DUARTE GORJÃO op cit. p.614, apesar deste último abrir a hipótese da figura da “participação em capital de sociedades”, na esteira de António Pinto Leite.

³⁰ Op cit p. 615.

³¹ HENRIQUES, DUARTE GORJÃO, op cit pp. 587 e 588.

³² Crf. Suneal Bedi e William C. Marra op cit. p.571, quando os autores norte americanos afirmam que “*The for-profit litigation finance industry starts from the premise that a legal claim is an asset, the same way a person’s home or company’s inventory is an asset*”.

³³ Apesar de ser possível ensaiar algumas exceções. Veja-se os seguintes exemplos: uma situação onde os direitos que para o financiador resultam de um acordo de financiamento servem de colateral ou garantia de operações que realiza, (cfr. HENRIQUES, DUARTE GORJÃO op cit p.621), apesar considerarmos difícil conceber como objeto de uma garantia um direito cuja existência não é certa; ver o recurso a TPF/LF como uma forma de aliviar as contas societárias, isto se o financiado for uma sociedade comercial (sobre interessante tema, cfr. CARRERA, IÑAKI *O financiamento do direito litígio so como opção de gestão: em particular os non-recourse funding in* Revista de Direito das Sociedades, ano X, n.º4, Almedina, pp.689 a 724 p.694). Neste último exemplo, a sociedade comercial vê uma oportunidade de transferir o risco do direito litígio so, que será o bem transacionável, ao financiador, ou então, no reverso da moeda, como ativos financeiros do seu património e do capital social quando este é colocado em operações de bolsa (HENRIQUES, DUARTE GORJÃO op cit p.621).

³⁴ Justifica-se então que o TPF tenha muito mais preponderância no seio da arbitragem, nos termos já acima abordados.

³⁵ Entendidos como instrumentos financeiros- a par dos valores mobiliários e dos instrumentos monetários- que se caracterizam por serem construídos em função de um outro tipo de ativo subjacente (Ana Perestrelo de Oliveira- Manual de *Corporate Finance*, 3ª edição, Almedina, p.219);

³⁶ HENRIQUES, DUARTE GORJÃO op cit. p.615.

Num entendimento mais restrito de TPF/LT, aquele onde o financiado é necessariamente uma sociedade comercial, alguma doutrina avança com o entendimento que no TPF podemos estar perante um contrato de derivados³⁷. Para estes autores, a sociedade financiada celebra com um financiador um contrato chamado “*non-recourse funding agreement*”³⁸, que consiste num contrato entre terceiro e o titular de um direito litígio só que se compromete a pagar os custos do litígio do titular do direito recebendo em contrapartida uma percentagem do montante pecuniário resultante do eventual vencimento da causa³⁹. A cobertura por parte do *funder* dos custos inerentes a esse direito litigioso estaria próximos de um financiamento estruturado, em particular, dizem os autores, de um instrumento financeiro derivado. Por financiamento estruturado entende esta doutrina “*todos os instrumentos e meios financeiros que servem para refinar e cobrir riscos associados a qualquer atividade produtiva, para além das formas convencionais que constam do balanço*”⁴⁰. Ora, esta definição tem como pressuposto basilar a existência um instrumento e meio financeiro, que segundo os autores, é o direito litigioso, ou por outras palavras, o eventual direito de crédito que vai surgir desse litígio, transacionável em mercado. Esse direito litigioso que constava do portfolio da sociedade financiada, era então colocado e comercializado no mercado de valores mobiliários. Estaríamos, então, perante um mecanismo de titularização sintética dos direitos litigiosos⁴¹. Concluindo que os NRFA são contratos financeiros derivados, esta doutrina advoga que a atividade praticada pelos *funders* inclui-se no âmbito de aplicação do RGIC⁴².

Ora, como viemos a defender até agora, rejeitamos a ideia de que o direito litigioso é um ativo, ou valor mobiliário e, aproveitamos a linha argumentativa já traçada. Nesse âmbito, a verdade é que esta doutrina se baseia em casos e autores internacionais⁴³ para concluir quanto à afirmação de que o direito litigioso é um ativo, mas a realidade portuguesa parece-nos apontar no sentido oposto, como já analisado. Conforme *supra* advogamos, ao rejeitarmos a qualificação do direito litigioso como valor mobiliário, ou como derivado, em coerência temos de rejeitar sujeitar ao RGICSF a atividade praticada pelos *funders*. Mais a mais, cremos que esforços interpretativos no sentido de sujeitar à pesada regulação do RGIC seria, antes demais, contraproducente e desincentivadora da prática – basta pensar nos pesados acréscimos de deveres impostos pelo diploma-, algo que de nosso ponto de vista seria extremamente pernicioso, a uma expansão – que, cremos, seria benéfica- da figura no nosso ordenamento.

Por outro lado, os autores que sujeitam os *funders* ao licenciamento da atividade chegam a essa conclusão por via “extensiva” ou até analógica, porquanto assumem “*não se poder extrapolar do referido anexo que são instituições financeiras todas as sociedades financeiras que pratiquem como atividade principal a celebração de contratos de derivados*”, *todavia chegam à conclusão* “*(...) que não seria uma interpretação falaciosa a extensão desta lista a outros contratos de derivados*”. Ora tal é, a nosso ver, uma vez mais inaceitável, vejamos: para além de pensarmos que tal interpretação possa ter cariz analógico, e que só por aí seria vedada, à luz do artigo 11.º do Código Civil (estamos no campo do direito privado) – é incontestável que, na sua maioria as normas do RGIC são de cariz imperativo-, mesmo que tal não seja o caso, e que se esteja somente a interpretar extensivamente, tal também não será, tão sem mais aceitável: não se pode recorrer à interpretação extensiva de norma injuntiva com o único fito de ampliar artificialmente o âmbito de aplicação dessa norma – o que parece ser o caso. A interpretação de normas injuntivas, tem de ser feita nos seus justos termos, não procurando ampliar o âmbito de

³⁷ Sobre este tema, sobre a égide dos Non-Recourse Funding Agreements como expressão do TPF cfr. CARRERA, IÑAKI, op cit, bem como CARVALHO, CLAUDIA, op cit.

³⁸ Doravante, NRFA.

³⁹ CARRERA, IÑAKI op cit. p.691.

⁴⁰ OLIVEIRA, ANA PERESTELO DE, op cit. p.207.

⁴¹ CARRERA, IÑAKI op cit.p.709.

⁴² CARVALHO, CLÁUDIA, op cit, p.23.

⁴³ CARRERA, IÑAKI op cit p.708 cita dois estudos relativos a casos no ordenamento jurídico inglês.

aplicação das mesmas, porquanto, como se disse, as mesmas são excepcionais no ordenamento jurídico- privado⁴⁴.

3-Poder de disposição pelas partes

Como bem aponta CATARINA MONTEIRO PIRES⁴⁵ “*The obligations between funders and beneficiaries are primarily established by the terms of the funding agreement*”. Estamos então, e cremos que de modo pacífico, no âmbito da autonomia privada entre as partes, valendo, portanto, o chavão do ordenamento jurídico privado português, o artigo 405.º do Código Civil, sempre tendo em conta os limites gerais do sistema. Nem se diga que a proibição da usura do artigo 282.º do Código Civil afeta *a priori* a validade substancial do negócio, vejamos: embora casuisticamente nada impede que se verifique um caso de usura, não vislumbramos que se verifique por defeito num contrato de TPF uma exploração de uma situação de necessidade ou dependência, nem uma concessão de benefícios excessivos⁴⁶.

Importa neste âmbito a distinção entre *hands-on* e *hands-off* TPLF. Na primeira, como a própria expressão sugere, o *funder* exerce algum tipo de controlo sobre a estratégia processual durante a vigência do contrato. Na segunda, o *funder* não exerce este controlo, limita-se a disponibilizar o capital e, num momento *a priori* do início da instância, eventualmente, contribuir com a sua *expertise* ao sugerir uma estratégia processual que, note-se, não pode ser vinculativa.

A propósito desta distinção cremos essencial o artigo 89.º dos Estatutos da Ordem dos Advogados onde se lê “*O advogado, no exercício da profissão, mantém sempre em quaisquer circunstâncias a sua independência, devendo agir livre de qualquer pressão, especialmente a que resulte dos seus próprios interesses ou de influências exteriores, abstendo-se de negligenciar a deontologia profissional no intuito de agradar ao seu cliente, aos colegas, ao tribunal ou a terceiros.*”. Entendemos assim que a intromissão do *funder* num caso de *hands-on* é incompatível com esta disposição legal, pelo que em Portugal só será permitido contratos de TPLF na modalidade de *hands-off*.

4-Natureza jurídica

A análise da natureza jurídica da TPF é o cerne da presente exposição, por quatro ordens de razões: (i) a parca doutrina que escreveu sobre o assunto abordou, em nosso entender, o problema de forma não inteiramente acertada, vejamos: reconhecem a dificuldade e centralidade do tema, mas não chegam a tomar posição definitiva, deixando o problema em aberto;⁴⁷ (ii) é nesta sede que pretendemos, de forma clara e inequívoca, avançar uma posição ainda sem paralelo na doutrina, mais a mais cremos ser esse o fito da presente obra (iii) advogamos que só através da compreensão da natureza jurídica se validará, de forma correta, a validade substantiva do negócio jurídico celebrado, afastando o anátema da proibição da usura que paira sobre a figura

⁴⁴ OSÓRIO, JOSÉ DIOGO HORTA, in *Da Tomada do Controlo de Sociedades (Takeovers) por Leveraged Buy-Out e a sua Harmonização com o Direito Português*, Almedina, 2001 pp. 193 e 194 tem a feliz expressão, com todo o relevo para o caso em apreço, de que “*Estamos convictos que todas as normas proibitivas e, portanto, limitadoras da autonomia privada, não são, via de regra, suscetíveis de aplicação analógica ou interpretação funcional, dado o carácter excepcional de que se revestem no direito privado.*”

⁴⁵ Op cit, p.406.

⁴⁶ Por um lado, cremos que as partes estão numa situação simbiose- o *funder* só tem acesso à causa através do *funded* e, o *funded* só tem acesso à causa na medida em que obtiver o financiamento do *funder*- e, o benefício que o *funder* pode vir a ter direito não é excessivo na medida corre um risco elevadíssimo. Note-se também que o *funded*, caso a ação seja procedente, vai ter direito a avultados valores, sem correr qualquer risco.

⁴⁷ Cf. MENDES, DANIELA in op cit pp..22 onde a referida autora reconhece a importância do tema “*A natureza jurídica do TPF é um assunto que deve ser estudado e aprofundado (...)*”.

e a sua validade (Cf. 1146.º também do CC)⁴⁸; (iv) por fim, é também relevante, porquanto se pretende, com esta análise, contribuir para uma melhor compreensão e uso da figura no ordenamento jurídico português.

Avançando, desde já, as coordenadas gerais da qualificação jurídica que atribuímos ao *litigation finance*, podemos, sem grandes hesitações, enunciar o seguinte: (I) estamos perante um contrato atípico, porquanto o mesmo não se reconduz a nenhum tipo contratual previsto no nosso ordenamento⁴⁹; (II) é, também, um contrato sem *nomen iuris*, na estrita medida em que a lei não prevê uma designação para o mesmo⁵⁰; Não menos importante é afirmar, perentoriamente, que o TPF é celebrado ao abrigo do princípio da liberdade contratual⁵¹, consagrado no artigo 405.º do Código Civil⁵²; (III) Em Portugal, pelo menos, é um contrato também socialmente atípico, pese embora a existência de alguns casos como analisamos *supra*, deles não podemos retirar que a prática social seja reiterada e por isso negamos a tipicidade social do contrato⁵³.

4.1- Mútuo parciário

Avançamos, de modo inovador na doutrina, pela qualificação do TPF como um contrato parciário - máxime um mútuo parciário, como melhor se desenvolverá infra. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁵⁴ define os contratos parciários como “*aqueles em que se acorda a distribuição de lucros auferidos por uma das partes, contribuindo geralmente a outra parte com bens afetos à atividade ou ao investimento da primeira*”.

Advogamos que, dentro dos contratos parciários, a figura se reconduz inequivocamente ao mútuo parciário, porquanto como bem se nota na doutrina e jurisprudência, que se tem debruçado sobre o assunto nestes casos a remuneração do mutuário está dependente de certo resultado positivo do mutuante. Neste sentido, é mister citar toda a exígua doutrina e jurisprudência que ousaram abordar o tema:

RUI PINTO DUARTE enuncia que “*A figura (...) pode ser definida como um mútuo em que a remuneração é função de certo resultado da atividade do mutuário*”⁵⁵

MIGUEL BRITO BASTOS⁵⁶ não apresenta propriamente uma definição de mútuo parciário, mas admite que “*Em vários subtipos sociais de contratos de mútuo bancário é frequente a estipulação de cláusulas que estabelecem a remuneração do mutuante em função dos lucros, ou de outros resultados patrimoniais positivos, auferidos pelo mutuário*”.

48 A usura assume relevo importante, porquanto alguma doutrina rejeita a validade substancial da figura – a nosso ver mal, como melhor se explicará infra-, recorrendo justamente à proibição da mesma nos diversos ordenamentos de cariz romano-germânico. Cf, nesse sentido: BURNS, ALEXANDER in “Third Party financing (...)”.

49 Quanto à distinção – fundamental, diga-se- entre contratos típicos e atípicos Cf por todos: VASCONCELOS, PEDRO PAIS in “Teoria Geral do Direito Civil” pp... 469.

50 Ibidem pp...469.

51 Princípio esse, que é central, em todo o nosso ordenamento jurídico- privado.

52 Para mais desenvolvimentos Cf. PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA in *Código Civil anotado* Vol I. quanto ao artigo n.º 405.

53 Note-se mais uma vez, como já vimos, que os poucos casos que temos conhecimento de TPF ocorrem no seio da arbitragem, pelo que dado a sua natureza sigilosa, apenas podemos concluir pela existência destes esquemas, mas não pela sua forma e conteúdo.

54 *Contratos III, Contratos de Liberalidade, de cooperação e de risco*, 2ª edição, 2016, Almedina p.135

55 *Formas jurídicas de cooperação entre empresas*, 2022, Almedina p.46.

56 *O Mútuo Bancário- Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra editora 2015, p.164.

RAÚL VENTURA aborda o tema sempre de forma comparística com a figura da associação em participação- sobre o problema da distinção entre mútuo parciário e associação em participação, que *infra* se abordará a fundo, desde já se diga que a nossa posição é contrária à deste ilustre Professor. Todavia, o autor enuncia um requisito essencial, que é “*indispensável que a retribuição do mútuo seja estipulada numa quota de lucros de alguma ou algumas operações do mutuante para o confronto ser possível*”.

Cremos que se torna claro agora a imperatividade de reconhecer que o TPF em qualquer que seja a sua formulação, mais ou menos lata, é reconduzível à figura do mútuo parciário, se não vejamos: o *funder*/mutuante só receberá a sua retribuição se, e na medida em que, a causa do *funded*/mutuário tiver um resultado positivo, isto é, o ganho de causa e na mediada no valor pecuniário que o juiz atribuir⁵⁷. Ora, atendendo ao exposto, é de se concluir que, efetiva e inexoravelmente, temos uma correspondência perfeita entre o *third party funding* e a figura do mútuo parciário: o elemento essencial da retribuição ser estipulado - ao invés de como no regime geral do mútuo civil, isto é, através de juros- ser fixado com base, nas palavras de RUI PINTO DUARTE – que, cremos, avança a melhor definição- “*é função de certo resultado da atividade do mutário*”, *in casu* o resultado será decorrente da “atividade” processual do *funded*/mutuário, ou seja do ganho de causa do mesmo.

Destarte, e em linha com o que tem sido expendido, ao reconduzirmos a TPF à figura do mútuo parciário, estamos a afastar a qualificação da mesma como um contrato típico de mútuo, conforme previsto nos artigos 1142º e seguintes do código civil. Aliás, a doutrina chega ao mesmo resultado, isto é, de rejeitar reconduzir o TPF ao contrato de mútuo⁵⁸, pese embora, em nosso ver sem a correta justificação para isso, porquanto em obra alguma se aponta o TPF como um mútuo parciário.

Que não se diga, sob pretexto algum, que esta recondução do TPF à figura do mútuo parciário afeta o que expendemos *supra* quanto à atipicidade deste negócio jurídico, porquanto o mútuo parciário é também, efetivamente, um negócio atípico: neste sentido pode ler-se no sumário do relator do Ac do STJ *supra* citado que “*Sendo o mútuo parciário não tipificado na lei incumbia ao autor a alegação e prova do respetivo conteúdo com uma abrangência superior à de um contrato legalmente definido e regulado*”⁵⁹.

4.2- Distinção entre mútuo parciário e associação em participação

Controverso na doutrina é a distinção do mútuo parciário com a figura da associação em participação⁶⁰, problemática da maior importância para a presente discussão e para a posição que pretendemos avançar, porquanto permite reconduzir a figura do TPF a um regime jurídico altamente favorável às partes – na estrita medida em que afasta, em nosso entender, definitivamente qualquer tipo de dúvida no que diz respeito à validade substantiva da figura, como melhor se expenderá *infra* - para além de que, do ponto de vista da sua construção dogmática-

⁵⁷ Decorrencia do basilar princípio do peditório, no direito processual civil.

⁵⁸ Cf. MENDES, DANIELA op cit. pp.24 e CLAUDIA CARVALHO, in op cit. pp. 30 ainda que esta autora apenas a respeito dos NRFA, mas, cremos, recorrendo ao elemento teleológico que autora também entenderia neste sentido para o TPF em geral.

⁵⁹ Cf. Ac STJ 20-03-2014, relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, processo nº1052/08.0TVPRD.P1.S1

⁶⁰ DUARTE, RUI PINTO in op. cit. pp. 19 e 20 define a figura como “*(...) o contrato pelo qual alguém se associa a outrem que exerce uma atividade económica, obrigando-se a contribuir para essa atividade com uma prestação de natureza patrimonial e ficando, em contrapartida, a comungar dos resultados da mesma atividade.*”.

que como viemos a analisar foi alvo de parca preocupação na doutrina- cremos que é a solução mais acertada, salvo melhor opinião.

Como bem aponta RAÚL VENTURA⁶¹, “*o confronto entre associação em participação e mútuo só tem interesse desde que haja alguma possibilidade de confusão das suas figuras e isso só acontece quando haja modalidades especiais duma e de outra*” prossegue ainda o referido autor: “*O perigo de confusão só existe, sob este aspecto, se e quando o associado puder estar e estiver apenas interessado nos lucros, com exclusão das perdas. Por outro lado, é indispensável que a retribuição do mútuo seja estipulada numa quota de lucros de alguma ou algumas operações do mutuante para o confronto ser possível.*” Destarte, é vislumbrável que o douto Prof. elenca, desse modo, dois requisitos de verificação cumulativa para que seja possível suscitar o problema de confusão entre as duas figuras: (I) o interesse, exclusivo, do associado nos lucros, neste sentido é importante citar o artigo 21.º, n.º 2 do DL n.º 231/81, de 28 de julho, *in fine* – este preceito elucida que é possível o associado seja dispensado de participar nas perdas; (II) conforme expendido *supra* a retribuição do mútuo tem de ser associada a um certo resultado, isto é, estarmos perante um mútuo parciário.

Neste âmbito, o verdadeiro cerne da questão é apurar a existência, ou não, de uma plena realização de um fim comum entre as partes: não havendo, estaríamos perante um contrato comutativo⁶²; em caso contrário, contrato de cooperação⁶³. Nestes exatos termos, leia-se RAÚL VENTURA⁶⁴ “*o traço decisivo de distinção é a existência ou inexistência do animus contrahendae societatis, da vontade dos contraentes de realizarem um fim comum, dentro dum quadro de relações sociais entre eles; em caso afirmativo, há stille Gesellschaft (associação em participação); se os contraentes se apresentam como simples dador e tomador de crédito e cada um persegue apenas interesses próprios, há empréstimo parciário.*”

RAÚL VENTURA⁶⁵ entende que “*o negócio parciário aparece como um negócio comutativo (di scambio) em que os sujeitos aceitam um sistema de retribuição especial, isto é, a cláusula parciária não altera a estrutura básica dos negócios comutativos*”, na esteira da doutrina italiana que analisou⁶⁶. Na comparação das figuras “*do ponto de vista económico, os autores alemães encontram-lhes grande semelhança porque tanto a contribuição do associado como a prestação do mutuante ingressam no património de associante e de mutuário. É, no entanto, do ponto de vista económico que parte a distinção entre as duas figuras: num caso toma-se e noutro não se toma parte do risco do empreendimento, mas isso depende de não ser ou ser excluída a participação nas perdas. Do ponto de vista jurídico é isso que marca a comunidade do fim visado pelos contraentes; se um dos contraentes suporta as perdas e recebe parte dos lucros e o outro recebe parte dos lucros, mas não suporta as perdas, o fim visado não é comum, mas há antes dois fins diversos: de um lado a realização de um empreendimento, com todas as suas possíveis consequências; de outro lado, a mera retribuição do capital emprestado. Em resumo, só há fim comum quando ele é plenamente partilhado pelos dois contraentes*”.

Todavia, e com a devida vénia, não nos parece possível concordar com a posição do douto Prof., desde logo parece-nos manifestamente improcedente reconduzir os negócios parciários a negócios comutativos – pressuposto basilar da tese expandida pelo Prof., porquanto nos negócios comutativos existe uma certeza em relação a ambas a atribuições patrimoniais, algo que

⁶¹ *Associação em Participação (Anteprojeto)* in Boletim do Ministério da Justiça, n.º190, p.86.

⁶² Sobre os negócios comutativos, Cfr. na doutrina PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ob cit. 396 e, LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações*, volume I, Introdução da Constituição das Obrigações, 6ª Edição, Almedina, p.207.

⁶³ Sobre os contratos de cooperação, Cfr. na doutrina ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE p. 78

⁶⁴ *Associação*, op cit., p.87.

⁶⁵ *Ibidem*, p.84 e 85.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 86 e seguintes.

sobejamente não se verifica nos negócios parciários, mormente no mútuo parciário – vide a definição de RUI PINTO DUARTE avançada *supra*. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS diz nos que são comutativos aqueles negócios em que “*a onerosidade é, em princípio, perfeita. Quer dizer que à atribuição patrimonial de uma das partes corresponde uma atribuição patrimonial da outra parte pelo menos equivalente*”, também em sentido semelhante MENEZES LEITÃO advoga que o negócio se diz comutativo quando “*ambas as atribuições patrimoniais se apresentam como certas*”. Afastamo-nos também, desde já, da ideia de que num mútuo parciário não há um fim comum plenamente partilhado pelos contraentes, ideia sobre o qual nos debruçaremos de seguida.

Veja-se um exemplo típico de TPF, que como vimos, reconduzimos a um mútuo parciário: nada garante que a atividade levada a cabo pelo *funded*/mutuário vá gerar resultados patrimoniais positivos, *máxime*, no TPF, o ganho da causa. Assim sendo, não se vislumbra minimamente a *perfeição* ou a *certeza* da contraprestação/retribuição a que o *funder*/mutante tem direito, ou melhor dizendo, pode vir a ter direito. E que não se diga que, com o devido respeito, como afirma RAÚL VENTURA, que “*(...) a clausula parciária não altera a estrutura básica dos negócios comutativos*”⁶⁷, porquanto tal representa a nosso ver uma total ficção jurídica na medida em que faz tabua rasa da definição que se faz de negócio comutativo. Em suma, é patente, como queremos demonstrar, a total falta de recondução do mútuo parciário aos negócios comutativos – em nosso entender, são mesmo excludentes uma da outra -, em última análise, ao TPF.

Creemos como boa, então, a doutrina que enquadra os negócios parciários dentro dos negócios de parceria. Veja-se nesse sentido CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA “*Os contratos parciários prosseguem a realização de um fim comum, embora com exercício em separado e assimétrico*”⁶⁸, posição à qual RUI PINTO DUARTE⁶⁹ adere, apesar de entender que “*(...) não há necessidade de arrumar a categoria noutra e, que a “parciaridade” em causa, embora esteja ligada à cooperação, é um traço combinável com várias categorias.*”. A adoção desta posição e, necessariamente, o afastamento da posição de RAÚL VENTURA é central na nossa posição na medida em que negando a comutatividade, cai por terra a posição subsequente deste último autor quando nega o prosseguimento de um fim comum pelas partes. Ora, num mútuo parciário, e de forma ainda mais expressiva num TPF, o fim prosseguido pelas partes- *maxime*, o ganho da ação- é um fim comum e plenamente partilhado pelas partes, na medida em que, por um lado, o *funder* só investe o seu capital se considerar que há grandes chances da ação encabeçada pelo *funded* ser procedente e, por outro, ganha a ação, os frutos daí provenientes vão ser divididos pelas partes nos termos previamente acordados pelas mesmas.

Chegados agora à conclusão inequívoca de que os contratos parciários são contratos de cooperação, importa finalmente analisar a distinção ou confusão do mútuo parciário com a associação em participação.

Nesse âmbito, RUI PINTO DUARTE⁷⁰ avança com a posição de que “*num sistema como português, em que a associação em participação é concebida em moldes não societários e em que é admitida a estipulação de que o associado não responde pelas perdas, o mútuo parciário se resolve em associação em participação, não tendo autonomia em relação à mesma*”⁷¹. Vai assim ao encontro de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁷² na medida em que este último autor

⁶⁷ Associação, op cit. p.85.

⁶⁸ Idem, p.135.

⁶⁹ Op cit p.47.

⁷⁰ Op cit p.46.

⁷¹ Um caminho muito idêntico é traçado por parte da doutrina italiana como enuncia RAÚL VENTURA in Associação op cit p.88.

⁷² Op cit p.135.

compreende a associação em participação dentro dos contratos parciários. Note-se que a confusão entre as figuras já era notada em 1969 por RAÚL VENTURA, apesar deste autor apenas enunciar este problema como uma mera possibilidade em função do conceito de perda nestes dois negócios⁷³.

Subscrevemos então às teses que afirmam a qualificação dos contratos parciários como de cooperação e, com particular ênfase, à conclusão de RUI PINTO DUARTE quanto à não autonomia do mútuo parciário face a associação em participação quando esta é prevista com exclusão de participação nas perdas. Se no mútuo parciário em geral esta confusão já é clara, cremos que no TPF torna esta situação ainda mais evidente por várias ordens de razão: (i) o *funder*/associado limita-se a financiar a causa do *funded*/associante, sem participar ativamente do decurso do litígio /atividade levada a cabo pelo *funded*, pelo que não irá participar nas suas perdas; (ii) há necessariamente uma cooperação entre as partes na medida em que estas prosseguem um fim comum e este é plenamente partilhado por elas, nos termos que já enunciamos *supra*, quanto mais não seja pelo facto do valor da causa ser por regra tão elevado que acaba por densificar a relação entre as partes para o alcance do seu objetivo, ganhar a causa; quanto a este ponto, não se diga que não há cooperação entre as partes na medida em que o *funder* se limita a investir o seu capital- como acabamos de ver, é do seu total interesse o ganho da causa, e naquilo que lhe for permitido por lei vai sempre cooperar com o *funded*.

ANTÓNIO PINTO LEITE⁷⁴ já tinha ensaiado a possibilidade de chamar à colação as *joint ventures* na análise do TPF. No entanto, o autor parece apenas admitir esta conclusão nos casos de *hands-on* TPF. Ora como acabamos de analisar, o *funder* não tem de ser uma parte ativa no litígio- nem pode, como vimos a propósito do artigo 89.º dos EOA- para podermos qualificar o TPF como uma *joint venture*⁷⁵.

4.3- Rejeição da invalidade substancial da figura: da não aplicação analógica do 1146.º do Código Civil

A solução que avançamos assume uma relevância capital na presente exposição, porquanto a mesma vai permitir-nos sustentar, fundamentadamente, a validade substancial da figura- aliás todo este *iter* que ensaiamos *supra* só assim terá importância para a compreensão do negócio jurídico-, vejamos:

Reconduzindo o TPF a uma modalidade de mútuo parciário, avançamos, desde logo, que se mantém a atipicidade do negócio, aliás apoiados em jurisprudência do STJ.⁷⁶ Ora, se assim é surge um problema clássico quanto aos contratos atípicos: a concreta definição do regime legal aplicável aos mesmos⁷⁷, ou seja, a concreta medida em que é aplicável, na construção do regime jurídico das figuras negociais atípicas, as normas sobre os contratos típicos mais próximos. Como bem nota RUI PINTO DUARTE⁷⁸ “*A tese segundo a qual aos contratos atípicos são aplicáveis as normas sobre os contratos típicos mais próximos, na medida em que, a analogia das situações*

⁷³ Associação op cit., p.88 “*Nem se diga que a falta de retribuição da contribuição do associado é uma perda- perde o que poderia ter ganho por diferente emprego do seu capital- pois, além do que tem de duvidosa tal extensão do conceito de perda, teríamos acabado por esse meio de confundir definitivamente associação em participação e mútuo parciário, dado que a mesma perda existiria se o mutuante não viesse a receber do mutuário a parte de lucros estipulada*”.

⁷⁴Op cit. pp.109 a 111.

⁷⁵ Entendida em sentido lato, que, por conseguinte, entende também a associação em participação
⁷⁶ Cf. 3.1 da presente exposição.

⁷⁷ Cf. a este respeito, com grande detalhe, DUARTE, RUI PINTO “Tipicidade e atipicidade dos contratos”, almedina, janeiro de 2000. Alias, importa, notar que se vai aderir, em larga medida, às considerações e teses expendidas pelo douto autor na abordagem do problema.

⁷⁸ Ibidem pp..134.

o justifique, para além de antiga, continua a ser lição comum na doutrina, portuguesa e estrangeira, e é invocada frequentemente na nossa jurisprudência.”, aliás o referido autor advoga até a prevalência da aplicação analógica das normas de contratos típicos no confronto com o recurso à integração do negócio jurídico (cf artigo 239.º do Código Civil) – orientação a que aderimos, diga-se- “*o recurso à integração não prevalece sobre a aplicação analógica das normas sobre tipos legais de contratos- desde que, insista-se com redundância, haja analogia (...).*”⁷⁹.

Nestes termos, poder-se ia levantar a seguinte questão: se a lei nada prevê quanto ao contrato de TPF – nada de novo, é um contrato atípico- (entendido, na presente exposição como mútuo parciário) num elemento tão essencial como o da remuneração e se essa remuneração pode, na maioria dos casos, ser bastante elevada não estaríamos perante uma omissão da lei relevante, ou seja, uma lacuna? E se existir lacuna, não se deveria procurar a norma aplicável a casos análogos – cf. artigo 10.º do Código Civil-, que poderia redundar no artigo 1146.º do Código Civil que proíbe juros usurários no mútuo, porquanto se poderia alegar que estariam preenchidas “razões justificativas da solução fixada na lei”, bem como semelhanças formais? Ou seja, por essa via poder-se-ia colocar em causa a validade substancial do negócio, porquanto seria impossível o mesmo subsistir sem um elemento tão importante como o da remuneração, o princípio do *favor negotii* não bastaria para “salvar” o negócio.

O único autor a nível nacional que se debruçou sobre o mútuo parciário, admite desde logo que os montantes que o mutuante terá eventualmente direito “*não podem ser qualificadas como juros, por as razões justificadas de algumas das normas que compõem esse regime não procedem quanto a elas. O conceito de juro é, aliás, frequentemente definido como a renumeração pela disponibilização temporária do capital que seja independente dos lucros do mutuário*”⁸⁰. Parece-nos então que é negada uma semelhança material de situações- que daria azo a uma aplicação analógica como vimos- entre o elemento essencial do mútuo comum oneroso e o mútuo parciário, que é a “renumeração” do mutante. Num entanto, após a análise da figura, o Professor acaba por admitir que se deve proceder pela aplicação analógica do regime legal do mútuo, ao mútuo parciário “*Na medida em que as normas desse regime encontrem a sua justificação substancial na relação sinalagmática entre disponibilização do capital e a obrigação de pagamento de juros (...)*”⁸¹.

Por nossa parte temos, e tendo também em atenção todo o *iter* percorrido na presente exposição (que teve também como fito a rejeição *tout court* de invalidade substancial do negócio), que o problema nem sequer se coloca, e se, porventura se colocar, é de responder negativamente a uma aplicação analógica, por três ordens de razões:

Primeiramente, cremos que *in casu* nem sequer existe uma lacuna – pressuposto fundamental para que se possa recorrer à analogia-, na medida em que entendemos não existir qualquer identidade material entre a remuneração no mútuo parciário e no mútuo civil tipificado, conforme explica Miguel Brito Bastos não tratamos de juros na remuneração do parciário, nos termos *supra* analisados. Mais a mais, entendemos não existir razão justificativa na medida em que os moldes que ambos os contratos são celebrados, máxime no que concerne a retribuição, são diametralmente opostos: no mútuo parciário, o risco do mutuante é inversamente proporcional ao risco que o mesmo corre no mútuo comum, veja-se que o mesmo pode perder todo o capital disponibilizado, algo impensável no mútuo comum onde a renumeração do mutuante é

⁷⁹ Ibidem, pp 140.

⁸⁰ BASTOS, MIGUEL BRITO op cit. p.165; Cfr também as páginas 171 e 172 para um maior desenvolvimento da construção do Professor.

⁸¹ Ibidem, pp 174.

contratualmente certa. Relembre-se agora a refutação do mútuo parciário como contrato comutativo, nos termos elencados *supra*.

Todavia, ainda que se admita que existe uma lacuna que necessita de ser integrada, o que manifestamente não se concede pelas razões expendidas acima, nunca se poderia recorrer à norma plasmada no artigo 1146.º do Código Civil com o fito de integrar tal lacuna, vejamos.

É de conhecimento geral que no nosso ordenamento jurídico privado as normas de cariz injuntivo são excepcionais, esta é uma afirmação que não oferece quaisquer tipo de dúvidas. O artigo 1146.º é uma norma claramente injuntiva, em que a sua violação acarreta a pesada sanção da nulidade – cf artigo 280.º do Código Civil que comina a sanção da nulidade os negócios contrários à lei. Ora, aqui chegados afastamos esta aplicação analógica por via do artigo 11.º do Código Civil que sob a epígrafe “Normas Excepcionais” enuncia que “As normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva”. O comando da norma para o interprete-aplicador é claro: no nosso ordenamento jurídico privado, a integração de lacunas através de normas injuntivas – que são as excepcionais, como se disse- é absolutamente inaceitável. Assim, é absolutamente patente a inaplicabilidade analógica do artigo 1146.º, sob pena de violação manifesta do artigo 11.º do Código Civil.

Afastamo-nos de forma perentória, salvo o devido respeito, da conclusão a que chega Miguel Brito Bastos, porque tal importaria aceitar uma analogia não permitida pelo nosso ordenamento, nos termos que acabamos de analisar, na medida em que o referido autor para além de não identificar lacuna alguma – logo por aí não poderia existir analogia-, ainda assim se socorre de uma aplicação de norma injuntiva, que, como vimos, é algo inaceitável à luz do nosso ordenamento jurídico

Por fim – mas em nenhuma medida menos relevante-, é importante enunciar todo o caminho que até aqui fizemos, isto é: rejeitar que o tipo contratual seja o mais próximo da figura do TPLF seja o mútuo, destarte acima chegamos à importantíssima conclusão de que na realidade o mútuo parciário se confunde com a associação em participação, nas palavras de RUI PINTO DUARTE não tem autonomia em relação à mesma. Ou seja, nunca se poderá dizer que a norma mais próxima dos casos de mútuo parciário, é uma norma que esta prevista para o mútuo.

Note-se que o nome atribuído pelas partes (ou pelo intérprete aplicador) a um contrato não tipificado não significa a aproximação desse contrato a um outro tipificado na lei. Mais a mais, como já exposto *supra*, acabamos por concluir que o mútuo parciário- figura à qual reconduzimos na realidade o TPF- acaba por se traduzir, por sua vez, a uma associação em participação. Por outras palavras, a relação *funded/funder* num contrato de TPF acaba por se enquadrar àquela existente entre o associante/associado. Daqui concluímos- e cremos que se retira do *iter* até agora percorrido- que na prática um contrato de TPF materialmente muito pouco (ou nada) tem a ver com um mútuo e, por conseguinte, com a atividade bancária⁸².

5-Balanço crítico- vantagens e desvantagens

5.1- Vantagens

Parece-nos clara e indubitável a principal vantagem destes mecanismos de TPLF, que é exatamente a permissão de acesso à justiça. Através do financiamento, o maior obstáculo que muitas vezes se coloca entre o titular de uma boa causa e, o efetivo acesso ao tribunal, é derrubado: todas as despesas que um litígio representa, especialmente em sede de arbitragem. Deste modo,

⁸² Relembre-se que *supra* afastamos a aplicação do RGICSF.

os honorários dos advogados, dos árbitros, as custas judiciais, custos com pareceres⁸³, no fundo, os *fees and cost funding* inerentes à ação, deixam de ser um fardo pesado para o autor. Deste desfogo financeiro surgem mais vantagens, tais como permitir ao autor uma maior liberdade na escolha do seu representante legal, máxime, escolher uma sociedade de advogados mais prestigiada, bem como, ao libertar o autor das amarras financeiras, permite-lhe delinear uma estratégia processual mais eficaz. cremos assim que o TPLF concretiza o direito fundamental de acesso aos tribunais, plasmado no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, bem como o direito a um processo equitativo previsto no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Como bem avança DANIELA MENDES⁸⁴ e, como é característico dos negócios de TPLF, o *funder* apenas avança com o financiamento se considerar haver alta chance de a causa ser meritória, já que, atendendo à estrutura do TPLF, pode não ver qualquer retorno do seu investimento. Nesse âmbito, numa fase pré contratual, é efetuada uma minuciosa análise do caso em concreto, de modo a apurar se vale a pena correr o enorme risco inerente a estes negócios. Ora, esta avaliação por si demonstra-se uma grande vantagem para o *funded*, que não só vê o seu caso estudado de forma objetiva, por uma parte imparcial e isenta, bem como ganha consciência sobre se vale a pena litigar ou não. O *funder* aceitando “*investir na causa, fica tão ou mais comprometido que a própria parte, ou seja, tem a mesma vontade que o cliente de ganhar a causa*”^{85/86}, pelo que a chance de erros ou lapsos diminui.

5.2- Desvantagens

No que concerne às principais desvantagens/malefícios que a figura traz consigo podemos apontar, de modo muito sucinto: (I) um crescimento acentuado do número de litígios – o que por si só não é negativo- com pretensões, que muitas das vezes, são infundadas ou frívolas⁸⁷, porquanto se se acaba transferir o risco ao abrigo do TPLF para o *funder*, é inegável que, pelos menos em abstrato, exista um incentivo para se propor ações que à priori tenham poucas hipóteses de sucesso; (II) pode apontar-se, também, que, em abstrato, pode surgir uma excessiva intromissão do *funder* no litígio, mesmo na modalidade de *hands off* - que é a única válida no nosso ordenamento jurídico- porquanto como enuncia DANIELA MENDES⁸⁸ “*O financiador, é uma entidade que está tão ou mais interessada que a própria parte no sucesso da causa, nesse sentido é natural que exerça, direta ou indiretamente, um determinado controlo sobre o processo, de modo a averiguar se o mesmo está a ser bem conduzido*” (III) Por fim, poder-se-á dizer, que o TPLF poderá gerar um desequilíbrio processual, na estrita medida em que o réu⁸⁹, à priori, não terá ninguém que custeie as suas despesas conexas com o litígio.

6-Conclusão

⁸³ MENDES, DANIELA p.17.

⁸⁴ MENDES, DANIELA pp.17 e 18.

⁸⁵ MENDES, DANIELA p 19.

⁸⁶ Valendo a pena lembrar aquilo que foi defendido *supra* quanto à efetiva existência de um fim comum plenamente partilhado pelas partes num contrato de mútuo parciário, e por isso, de TPLF.

⁸⁷ De modo detalhado, Cf. ABRAMOWICZ, MICHAEL “*Litigation finance and the problem of frivolous litigation*” in GW Law School Public Law and Legal Theory No 2019-18.

⁸⁸ MENDES, DANIELA op.cit. pp.21.

⁸⁹ Como se disse na introdução, em teoria nada impede que o TPF seja celebrado com a parte passiva de uma demanda processual, todavia serão raros os casos porquanto se não existir pedido reconvenicional, a única coisa que o réu pode ganhar é a absolvição da instância ou do pedido que em nada interessa ao *funder*.

Da presente exposição, importa reter, em suma, o seguinte: Sendo bastante favoráveis a uma maior frequência na prática portuguesa do uso do modelo contratual do TPLF atendendo aos enormes benefícios que a mesma - e.g. maior acesso ao direito e aos tribunais -, procuramos, inequivocamente, recorrendo a um estudo da natureza jurídica da figura que, cremos, foi inovador, fundamentado, e sem paralelo⁹⁰ na parca doutrina que escreveu sobre o tema, conseguir afirmar inequivocamente a validade substancial da figura – algo que reveste a maior importância para que o modelo negocial se popularize entre nós. Com este contributo inicial, esperamos que a doutrina continue a aprofundar o estudo de uma figura, já tao popularizada nos EUA, mas que entre nós, tem sido, infelizmente, bastante esquecida.

⁹⁰ MENDES, DANIELA op. Cit. Pp. 22 entendia que “A natureza jurídica é um assunto que deve ser estudado e aprofundado, na medida em que este modelo de financiamento está a emergir de forma crescente nas diversas jurisdições, sendo que deve ser objeto de investigação própria”, cremos que foi esse desiderato por nós prosseguido na presente exposição.

Bibliografia

AAVV in “*Mapping Third Party Litigation Funding in The European Union, European Commission DG Justice and Consumers.*”

ABRAMOWICZ, MICHAEL “Litigation Finance and the Problem of Frivolous Litigation” in *GW Law School Public Law and Legal Theory Paper No. 2019-18*

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE “Contratos III: Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco”, Almedina, 2016, 2ª edição

BASTOS, MIGUEL BRITO “O Mútuo Bancário: Ensaio sobre a estrutura sinalgmática do contrato de Mútuo”, Coimbra Editora, 2015

BEDI, SUNEAL & MARRA, WILLIAM C. “The shadows of litigation finance” in *Vanderbilt law review*, volume 74, April 2021, number 3

BRUNS, ALENXANDER “*Third Party Financing in the Prespective of German-Law-Useful Instrument for Improvement of the Civil Justice System or Speculate Imomoral Investement?*” in *Journal of Law, Economics & Policy*, Volume 8, Spring 2012, Number 3

CARRERA, IÑAKI “O Financiamento do direito litigioso como opção de gestão: em particular os *non-recourse funding agreements*” in *Revista de Direito das Sociedades*, 2018, número 4

CARVALHO, CLÁUDIA SOFIA RODRIGUES “*Non-Recourse Funding Agreements em Portugal: natureza e obstáculos*” Tese de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa- Faculdade de Direito, Escola do Porto, Veritati Repositório

DUARTE, RUI PINTO “Formas Jurídicas de Cooperação entre Empresas”, Almedina, 2022

DUARTE, RUI PINTO “Tipicidade e Atipicidade dos Contratos”, Almedina, 2000

HENRIQUES, DUARTE GORJÃO ““*Third party funding*” ou financiamento de litígios por terceiros em Portugal” in *ROA*, Volume 75, Número 3, 2015

LEITÃO, LUIS MENEZES “Direito das Obrigações Vol I: Introdução da Constituição das Obrigações”, Almedina 6ª edição

LEITE, ANTÓNIO PINTO “*Third-party funding as a joint venture and not as a mere finance agreement: the independence and impartiality of the arbitratrs*” in VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, 2014, Almedina

LIMA, PIRES DE/ VARELA, ANTUNES “Código Civil Anotado, Volume I”, Coimbra Editora, 4ª edição

MENDES, DANIELA “Financiamento de Litígios por Terceiro”, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico- Forenses, FDUC, Janeiro de 2021

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE “Manual de *Corpoarate Finance*”, Almedina, 2024, 3ª edição

OSÓRIO, JOSÉ DIOGO HORTA “Da Tomada do Controlo de Sociedades (Takeovers) por *Leveraged Buy-Out* e a sua Harmonização com o Direito Português”

RADIN, MAX “*Maintenance by Champerty*”, *California Law Review* 24, nº1, 1935

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE “Teoria Geral do Direito Civil”, Almedina, 6ª edição

VENTURA, RAÚL “Associação em Participação (Anteprojeto) *Boletim do Ministério da Justiça*, nº190”

VIEIRA, ANA SOFIA “*Third Party Funding* na Arbitragem Internacional- O dilema da necessidade (ou não) da sua revelação”, Tese de Mestrado, *Nova School of Law*, Repositório da Universidade Nova de Lisboa, 2023