

A PRETENSÃO INDEMNIZATÓRIA EM AÇÕES POPULARES DE PRIVATE ENFORCEMENT

INDEMNITY CLAIM IN PRIVATE ENFORCEMENT CLASS ACTIONS

LA PRETENSION DE INDEMNIZACIÓN EN LAS ACCIONES POPULARES DE EJECUCIÓN PRIVADA

Ana Melro*

1 Introdução. 2 Ação popular. 2.1 Lei n.º 83/95, de 31 de agosto: direito de participação procedimental e de ação popular. breves considerações. 3 Pretensão indemnizatória no processo civil. 3.1 Pretensão indemnizatória nas ações populares. 4 *Private enforcement* ou do direito a indemnização por infração ao direito da concorrência. 5 Considerações finais. Referências.

RESUMO

Contextualização: O artigo aborda a satisfação indemnizatória por facto ocorrido em violação do direito da concorrência, concretamente, a Lei n.º 23/2018, de 5 de junho (Lei de Private Enforcement). A tutela da pretensão indemnizatória ao abrigo da lei de private enforcement é realizada através da Lei da Ação Popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto), combinando as regras do Código Civil, se o facto for decorrente de uma relação interindividual; ou do Código do Processo nos Tribunais Administrativos, se a relação envolver a Administração.

Objetivo: O objetivo deste artigo é esclarecer ao leitor relativamente ao papel da lei de private enforcement e da tutela por via da ação popular quando a finalidade é a obtenção de uma indemnização por violação do direito da concorrência.

Método: Para o efeito, recorreu-se à pesquisa bibliográfica, à análise legislativa e jurisprudencial nacional.

Resultados: Um dos resultados extraídos foi a possibilidade existente de recorrer ao instituto da ação popular como forma de tutelar indemnizatórias no direito da concorrência.

* Doutoranda em Políticas Públicas. Licenciada em Sociologia, Gestão e Direito. Doutoramento em Ciências da Comunicação. Com mais de 15 anos de experiência profissional nos setores público, privado e social, nas áreas da investigação científica e da consultoria para o desenvolvimento de projetos de diagnóstico, avaliação e implementação de soluções para problemas socioeconómicos. Áreas científicas: Direito; Políticas Públicas; Sociologia; Ciências da Comunicação. Universidade de Aveiro, Portugal. E-mail: <anamelro@ua.pt>. <http://orcid.org/0000-0001-9710-0574>



Conclusões: Para que tal seja possível, há a necessidade de conjugar diversos diplomas legais nacionais e europeus. Ademais, será relevante ter em consideração as partes intervenientes no processo, a saber: a autora (associação ou empresa que se apresenta a juízo), a parte (representada em juízo pela autora) e o (eventual) terceiro financiador.

Palavras-chave: ação popular; private enforcement; pretensão indenizatória; responsabilidade civil; direito de concorrência.

ABSTRACT

Context: The paper deals with the satisfaction of compensation for the fact that occurred in violation of competition law, specifically, Law No. 23/2018, of June 5 (Private Enforcement Law). Claims regarding indemnity protection under the law on private enforcement is carried out through the Popular Action Law (Law no. 83/95, of August 31, combining Civil Procedure rules, if the fact is a result of interindividual relationships; or the Administrative Courts Procedure Code, if the fact is related with the Administration.

Purpose: The purpose of this article is to enlighten the reader on the role of private enforcement law and protection through class action when the objective is to be compensated for the violation of competition law.

Method: To do so, we went through bibliographical research, national legislative and jurisprudential analysis.

Results: One of the extracted results was the existing possibility of resorting to the institute of popular action as a form of protection of damages in competition law.

Conclusions: For this to be possible, it is necessary to combine several national and European legal instruments. In addition, it will be relevant to consider the parties involved in the process, namely: the author (association or company that appears in court), the party (represented in court by the author) and the (possible) third party financier.

Keywords: class action; private enforcement; compensation claim; civil liability; competition law.

RESUMEN

Contextualización: El artículo versa sobre la satisfacción de la indemnización por el hecho ocurrido con infracción de la ley de competencia, en concreto, de la Ley n.º 23/2018, de 5 de junio (Ley de Ejecución Privada). La protección de las pretensiones indemnizatorias de la ley de ejecuciones privadas se realiza a través de la Ley de Acción Popular (Ley n.º 83/95, de 31 de agosto), combinando las normas del Código Civil, si el hecho procede de una relación interindividual; o el Código de Procedimiento en los Tribunales Administrativos, se relaciona con la Administración.

Propósito: El propósito de este artículo es ilustrar al lector sobre el papel de la aplicación privada de la ley y la protección a través de la acción de clase cuando el objetivo es obtener daños y perjuicios por la violación de la ley de competencia.

Método: Para ello, pasamos por una investigación bibliográfica, análisis legislativo y jurisprudencial nacional.

Resultados: Uno de los dos resultados extraídos fue la posibilidad existente de acudir al instituto de la acción popular como forma de protección de daños en el derecho de la competencia.

Conclusiones: Para que esto sea posible, es necesario combinar varios instrumentos legales nacionales y europeos. Además, será relevante considerar las partes involucradas en el proceso, a saber: el actor (asociación o empresa que comparece en juicio), la parte (representada en juicio por el actor) y/o (posible) tercero financiador.

Palabras clave: demanda colectiva; ejecución privada; reclamación de indemnización; responsabilidad civil; derecho de la competencia.

1 INTRODUÇÃO

A Lei de *Private Enforcement* (Lei n.º 23/2018, de 5 de junho) prevê, explicitamente, a possibilidade de recurso a uma tutela coletiva de direitos, concretamente recorrendo ao regime da ação popular. Este é um regime relativamente recente que tem ganho grande destaque nos últimos anos, quer por causa da proteção cada vez mais premente atribuída aos consumidores (por via do direito europeu, mas também interno), quer devido aos contornos específicos que inclui, como a possibilidade de financiamento dessas ações por terceiros.

São cada vez mais as precauções que o direito deverá ter no que diz respeito ao consumo (e à concorrência), nomeadamente, no que às fragilidades que, atualmente, a condição de se ser consumidor traz, relacionadas, sobretudo, com as relações comerciais (e desiguais) que se estabelecem *online*.

Se seria certo que a tutela de interesse de determinado particular se regia pelas leis gerais já disponibilizadas para o efeito, foi, então, permitido que interesses de determinada classe ou grupo de pessoas fossem salvaguardados por meio de lei especial, recorrendo à Lei da Ação Popular (LAP) para a sua tramitação. Ora, o que se considerou, então, foi que há uma qualidade atribuída a uma classe de pessoas que merece ser especialmente protegida: a dos consumidores de bens e serviços (SILVA; REIS, 2022, p. 11).

O artigo debruça-se sobre a análise dessas especificidades, considerando a ação popular como mote para a abordagem a conceitos como interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, mas também ao direito à indemnização e à violação do direito da concorrência.

Nesta senda, o artigo está organizado em três secções principais. Na primeira, faz-se uma abordagem à ação popular, prevista constitucionalmente e no Código do Processo Civil (CPC), referindo e expondo alguns parâmetros da LAP e dos interesses

que visa tutelar.

Na segunda secção, será realizada uma breve explicitação ao regime indemnizatório previsto no Código Civil (CC), principal meio por via do qual se verificará a salvaguarda do direito à indemnização. Mas também se abordarão as especificidades previstas na LAP e na Lei de *Private Enforcement*.

A terceira secção será unicamente dedicada à reflexão sobre o direito à indemnização por infração ao Direito da Concorrência.

Finaliza-se o artigo com algumas considerações finais.

2 AÇÃO POPULAR

Nos termos do artigo 19.º da Lei n.º 23/2018, de 05 de junho (Direito à indemnização por infração do direito da concorrência), a tutela que visa à pretensão indemnizatória em situação de violação de direito da concorrência é realizada por meio da ação popular. Assim, antes de referência a ações de *private enforcement*, considera-se relevante explicar em que consiste e como está prevista a ação popular no ordenamento jurídico português.

Com a epígrafe “*Ações para a tutela de interesses difusos*”, o artigo 31.º do CPC regula a legitimidade e as áreas possíveis de propositura de ações desse âmbito. Se se atentar, precisamente, na epígrafe do artigo, o que se visa proteger são os interesses difusos, ou seja, nele se incluem interesses coletivos e individuais, estes desde que sejam homogêneos.

Assim, convém fazer uma distinção dos diversos interesses supraindividuais, isto é, interesses que extravasam a dimensão da relação jurídica interindividual, os designados interesses coletivos. São-no os “*interesses difusos stricto sensu, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos*” (PASSINHAS, 2021, p. 87).

No entendimento de Antunes (1984), em Portugal, a qualificação jurídica dos interesses difusos é a de direito subjetivo público (ANTUNES, 1984, p. 936). De acordo com Caetano (2020), os interesses difusos são interesses individuais generalizados, próximos de direitos públicos, mas de natureza fundamentalmente privada, ou seja, direitos que não são enquadráveis na distinção estanque entre direito público ou privado, de Ulpiano (CAETANO, 2020, p. 22). Assim,

Trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à «qualidade de vida». E essas necessidades e esses interesses, de massa, sofrem constantes investidas, frequentemente também de massa, contrapondo grupo versus grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os pólos (GRINOVER, 1984, p. 284).

Distinguem-se dos interesses coletivos, uma vez que estes são “*os interesses comuns a coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico*

definido que as congrega” (GRINOVER, 1984, p. 284). Assim, nos grupos coletivos, encontram-se já “*grupos sociais organizados e formalmente estruturados, sendo exemplos destes as associações, sindicatos, cooperativas, entre outros.*” (CAETANO, 2020, p. 27).

Os direitos coletivos têm um sentido amplo, sendo o titular a comunidade. Ao passo que os direitos difusos são considerados como direitos coletivos em sentido estrito, pertencendo a um grupo, a uma classe ou a uma categoria de pessoas, por exemplo, que habitam no mesmo bairro, que consumiram o mesmo produto, entre outras.

Finalmente, “*os interesses individuais homogêneos devem ser vistos como sendo, nada mais nada menos, que os interesses que cabem a cada um dos titulares de um interesse difuso strictu sensu ou de um interesse coletivo.*” (CAETANO, 2020, p. 30). Nas palavras de Teixeira de Sousa, aqueles interesses ou direitos seriam uma “*refracção daqueles mesmos interesses [interesses difusos em sentido lato] na esfera de cada um dos seus titulares*” (SOUSA, 2004, p. 285).

Como garantir a tutela de todos esses direitos?

Poderia colocar-se a possibilidade de ser por meio do expediente processual da coligação. No entanto, são várias as fragilidades que ressaltam para aplicação da coligação à defesa de interesses coletivos/difusos quando se analisa o seu regime. Desde logo, o facto de apenas ser possível promover a coligação *ab initio*, limitando o seu acesso a quem iniciou a demanda individualmente e, *a posteriori*, se pretendia juntar a um processo que já corresse termos, não transformando processos dispersos já existentes em massificados.

Adicionalmente, na coligação, tem o juiz o poder de “vetar” a sua possibilidade quando a mesma fundamentadamente causar inconveniente grave em que as causas sejam instruídas, discutidas e julgadas conjuntamente.

Finalmente, a coligação implica o pagamento de custas por cada um dos sujeitos processuais coligados e, conseqüentemente, cada um terá de pagar taxas de justiça individuais para cada ato.

A solução oferecida pelo CPC é, precisamente, e como referido no início desta secção, o recurso às ações para a tutela de interesses difusos, nomeadamente, a lei de participação procedimental e de ação popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto), como veremos de seguida.

2.1 LEI N.º 83/95, DE 31 DE AGOSTO: DIREITO DE PARTICIPAÇÃO PROCEDIMENTAL E DE AÇÃO POPULAR. BREVES CONSIDERAÇÕES

A garantia da defesa de interesses coletivos e difusos é um direito que vem previsto por meio da ação popular, no n.º 3 do artigo 52.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), que se transcreve:

3. É conferido a *todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular* nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

- a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural;
- b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais (negrito da autora).

A CRP delimita concretamente as áreas das ações nas quais é possível obter a tutela: saúde pública, direitos dos consumidores, qualidade de vida e preservação do ambiente e património cultural.

Aquele n.º 3 do artigo 52.º da CRP faculta um alargamento da legitimidade processual ativa. Deixa de ser necessário que a parte tenha um interesse pessoal e direto na ação, podendo mesmo ser terceiro à relação jurídica. Isso sucede porque se intenta proteger direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Há um alargamento da tutela ao interesse público geral (protegido, sobretudo, pela alínea b) do n.º 3 do artigo 52.º da CRP); aos interesses difusos em sentido estrito e aos interesses coletivos.

A própria jurisprudência delimita a ação popular nos concretos termos das definições apresentadas para interesses anteriormente explicados. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 08 de setembro de 2016, refere que:

I - A *ação popular tem como objecto a tutela de interesses difusos* (o que compreende os *interesses difusos stricto sensu, os interesses colectivos e os interesses individuais homogêneos*), os quais se caracterizam por possuírem uma dimensão individual e supra individual, pela sua titularidade caber a todos e a cada um dos membros de uma classe ou de um grupo (independentemente da sua vontade) e por recaírem sobre bens que podem ser gozados de forma concorrente e não exclusiva.
II - Os *interesses individuais homogêneos* são definíveis como *situações jurídicas genericamente consideradas, correspondendo aos interesses de cada um dos titulares de um interesse difuso ou de um interesse colectivo* (PORTUGAL, 2016, online, grifo nosso).

Passando a um plano legislativo mais concreto, como vimos anteriormente, já no CPC, vem prevista a legitimidade das partes por via das ações para tutela de interesses difusos. Algo que se especifica e contempla ainda mais no que diz respeito às ações administrativas. Assim, o artigo 68.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) indica que:

1 - Têm legitimidade para iniciar o procedimento ou para nele se constituírem como interessados os *titulares de direitos, interesses legalmente protegidos, deveres, encargos, ónus ou sujeições* no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas, *bem como as associações, para defender interesses coletivos ou proceder à defesa coletiva de interesses individuais* dos seus associados que caibam no âmbito dos respetivos fins.

2 - Têm, também, legitimidade para a *proteção de interesses difusos* perante ações ou omissões da Administração passíveis de causar prejuízos relevantes não individualizados em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a

educação, o ambiente, o ordenamento do território, o urbanismo, a qualidade de vida, o consumo de bens e serviços e o património cultural (negrito da autora).

Além disso, o ordenamento jurídico português disponibiliza a Lei da Ação Popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto) (doravante, LAP) que, logo no seu artigo 2.º, indica como titulares do direito, os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses, podendo ou não ter interesse na ação, bem como as autarquias locais.

Como colocaram Marco e Sandrin (2011), e que se transpõe para o ordenamento jurídico português, a LAP “*simboliza um marco para a ampliação do acesso à justiça, pois que abriu a possibilidade de se postular em juízo a tutela dos interesses metaindividuais.*” (MARCO; SANDRIN, 2011, p. 114).

De resto, como vimos, a ação popular é o meio através do qual diversos interesses, em áreas específicas, são protegidos, por exemplo, o consumo de bens e serviços. E, nesse ponto em concreto, a lei de *private enforcement* (Lei n.º 23/2018, de 5 de junho), no artigo 19.º, refere que a ação popular é o meio indicado para obter a tutela do direito da concorrência, concretizando a legitimidade da seguinte forma:

2 - Têm legitimidade para intentar ações de indemnização por infração ao direito da concorrência ao abrigo da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, na sua redação atual, para além das entidades nela referidas:
a) As associações e fundações que tenham por fim a defesa dos consumidores; e
b) As associações de empresas cujos associados sejam lesados pela infração ao direito da concorrência em causa, ainda que os respetivos objetivos estatutários não incluam a defesa da concorrência.

Ou seja, fácil de compreender que a ação popular ganha um relevo evidente na proteção dos interesses difusos e coletivos, sendo esse o meio processual indicado para obtenção de uma decisão quando um daqueles direitos (no caso concreto, do consumo de bens e serviços) é violado. Aliás, marco de assinalar a partir de 1997, com o acórdão do STJ, de 23 de setembro deste ano¹,

que definiu que o artigo 1.º da Lei 83/95, de 31 de agosto, abrange não só os “interesses difusos” (interesses de toda a comunidade) como ainda os “interesses individuais homogêneos” (os que se polarizam em aglomerados identificados de titulares paralelamente justapostos) (PASSINHAS, 2021, p. 88).

Também no caso concreto do bem fundamental do ambiente (que não será objeto de estudo no presente artigo), a ação popular é o meio processual adequado à sua tutela (COUTO, 2020; FREITAS, 1996; PINHEIRO, 2018).

Facto é que a proteção de direitos coletivos ou difusos, no âmbito do consumo de bens e serviços, encontra-se, ainda, um pouco espartilhada, uma vez que a propositura

¹Relator Miranda Gusmão, processo n.º 97B503, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5c4988169839a2ed802568fc003b7c49?OpenDocument> consultado em 27 de dezembro de 2022.

da ação se rege pela LAP, mas o cálculo da indenização deverá já ser realizado nos termos do CC. Vejamos como se poderá efetivar esse cálculo.

3 PRETENSÃO INDEMNIZATÓRIA NO PROCESSO CIVIL

Recorrer à tutela da ação popular, nos termos definidos anteriormente, pode verificar-se quando as relações se estabelecem com a Administração ou quando se estabelecem entre partes (sem que uma delas tenha as vestes de *ius imperium*). No primeiro caso, a forma de processo é a regulada no CPTA; no segundo caso, é a que vem disposta no CPC. Detemo-nos, agora, apenas nesse segundo caso.

A obrigação de indenizar, na ação popular (e para o que aqui releva), rege-se pelas regras do CC, mais concretamente, pelo disposto no artigo 483.º, a designada responsabilidade extracontratual ou aquiliana, que tem como princípio geral: “1. *Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação.*” (negrito da autora).

A referência a esse preceito legal é, expressamente, feita no artigo 3.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, relativo à responsabilidade civil por infrações cometidas no direito da concorrência. Ainda de mencionar será o ónus da prova, que vem previsto no artigo 487.º do CC: “1. *É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa.* 2. *A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.*” (negrito da autora).

Embora nada se dizendo na Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, considera-se que compete ao lesado provar o que alega em matéria de culpa do autor da lesão. Mas a avaliação da eventual culpa do autor da lesão é realizada tendo por base o conceito indeterminado do “bom pai de família”.

Apesar de todas as referências feitas ao CC naquela Lei (relativas à responsabilidade civil, ao prazo da prescrição do dever de indenizar (artigo 6.º), à inversão do ónus da prova (artigo 18.º, n.º 4), entre outros), fica por indicar expressamente a referência à obrigação de indenizar, dos artigos 562.º e seguintes do CC. Ainda que se verifique uma menção para os casos omissos no artigo 23.º, n.º 1.

Assim, é relevante indicar que vale o princípio geral da obrigação de indenizar no sentido de reconstituir a situação que existiria antes de provocada a lesão e caso a mesma não se tivesse verificado (artigo 562.º do CC), considerando o nexo de causalidade entre a infração cometida e os danos provocados por essa infração. Mas veremos em seguida em que termos específicos tal é realizado, pela necessária correlação entre a lei geral e a lei especial.

3.1 PRETENSÃO INDEMNIZATÓRIA NAS AÇÕES POPULARES

A proteção dos consumidores de bens e serviços, ao abrigo da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho (que regula o direito à indemnização por infração ao direito da concorrência e transpõe a Diretiva 2014/104/EU), é realizada por via da ação popular e visa, essencialmente, ressarcir os consumidores pelas lesões ocorridas por infração ao direito da concorrência. Vem isso disposto no artigo 19.º do referido diploma legal.

Mais ainda, vem indicada a forma como se computará a indemnização:

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

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

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

*6 - A sentença condenatória indica a **entidade responsável pela receção, gestão e pagamento das indemnizações devidas a lesados não individualmente identificados**, podendo ser designados para o efeito, designadamente, o autor, um ou vários lesados identificados na ação (negrito da autora).*

Assim, o diploma referido contempla não só por via de que regras é concretizado o direito à indemnização², como a forma de operacionalizar essa indemnização e qual a entidade responsável pela sua gestão e manutenção.

Além disso, como vimos anteriormente, várias são as regras relativas à indemnização na infração da concorrência (e consequentes danos provocados aos consumidores) que terão que ser lidas em conjunto com o CC. Assim, diferente do disposto no CC, é o prazo de prescrição do dever de indemnizar. A Lei n.º 23/2018, no artigo 6.º, é explícita ao contemplar como prazo prescricional os cinco anos (e não os 20 indicados no artigo 309.º do CC).

O cálculo da indemnização segue as regras do artigo 4.º da Lei, ou seja, contemplam-se os prejuízos causados, os lucros cessantes e os juros moratórios, os primeiros e segundos calculados desde o momento do dano. Estes últimos, desde o momento da decisão e até integral pagamento (para o cálculo dos quais se considera que deverá ser tido em consideração o nexos de causalidade previsto no artigo 563.º do CC).

Na Lei n.º 23/2018, está, igualmente, previsto um regime de responsabilidade civil e penal, subjetiva e objetiva, nos artigos 22.º e 23.º. Aqui, agrava-se a responsabilidade civil desde que a prática do dano tenha sido realizada com dolo ou

² Nomeadamente, no artigo 3.º, que estabelece que “1 - A empresa ou associação de empresas que cometer uma infração ao direito da concorrência fica obrigada a indemnizar integralmente os lesados pelos danos resultantes de tal infração, nos termos previstos no artigo 483.º do Código Civil.”

culpa, remetendo-se, mais uma vez, para os termos gerais da responsabilidade civil o dever de indemnizar.

Mas contempla-se, ainda, a possibilidade de indemnizar na ausência de culpa sempre a prática do facto tenha como resultado a ofensa de direitos ou interesses protegidos pelo diploma legal ou se o dano provocado o tenha sido em resultado de prática de atividade objetivamente perigosa.

Não obstante esses graus de proteção do consumidor, em infrações cometidas ao abrigo do direito da concorrência, desde 2020, está previsto o regime específico das ações coletivas para os Estados-Membros, nos termos da Diretiva 2020/1828.

Revogando a Diretiva 2009/22/CE, a Diretiva 2020/1828 estabelece que:

1. A presente diretiva estabelece normas que asseguram que esteja disponível em todos os Estados-Membros um meio processual de ação coletiva para proteção dos interesses coletivos dos consumidores, prevendo simultaneamente salvaguardas adequadas para evitar a litigância de má-fé.

Está, desse modo, dado o mote para que se uniformize, no direito internos dos diferentes Estados-Membros, o acesso à tutela de interesses coletivos dos consumidores. Algo que até recentemente não acontecia, não tendo muitos desses países contemplada sequer a possibilidade de recorrer a um meio como as ações populares.

Essa diretiva trouxe duas inovações: a primeira é a abertura à existência de ações transfronteiriças, ficando salvaguardadas as relações comerciais e concorrenciais entre Estados-Membros. A segunda é a regulação do financiamento das ações, que contribui para que, também em Portugal, essa atividade, já com alguns anos a ser exercida³, siga agora uma regulamentação específica (PASSINHAS, 2021, p. 99).

Claro está que terão que ser os diferentes Estados a regular a pretensão indemnizatória, seguindo as orientações do artigo 9.º da Diretiva (relativo às *Medidas de reparação*) e deverá, mais uma vez, ser aquela estabelecida por via das regras previstas na LAP, na Lei de *Private Enforcement* (Lei n.º 23/2018) e no CC.

4 PRIVATE ENFORCEMENT OU DO DIREITO À INDEMNIZAÇÃO POR INFRAÇÃO AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Ao abrigo dos artigos 81.º e 82.º do Tratado da União Europeia e que institui a Comunidade Europeia (2002/C 325/01), em 20 de setembro de 2001, foi intentada uma ação (*Courage Ltd. vs. Bernard Crehan*) que opunha uma fábrica de cerveja (*Courage*) e um revendedor de bebidas (*Bernard*), locatário de um dos *pubs* propriedade da *Inntrepreneur Estates Ltd.* (IEL) (sociedade detida em partes iguais pela *Courage* e pela *Grand Met*, que se dedicava à gestão dos *pubs*). Ao abrigo do contrato de locação

³ Veja-se, a título de exemplo, a atividade da associação *Ius Omnibus*, em <https://iusomnibus.eu/pt/>.

celebrado com a IEL, todas as encomendas de cerveja deveriam ser realizadas exclusivamente à *Courage*, ao preço fixado em tabela (cláusula não negociável).

Ora, *Bernard* deixou de pagar a renda, e *Courage* intentou uma ação para a sua cobrança, ao que o primeiro, em pedido reconvenicional, vem exigir uma indemnização pela violação do artigo 81.º, deduzindo que a *Courage* vendia a cerveja a preços substancialmente mais baixos a proprietários independentes de *pubs*, o que limitava o poder de concorrência dos locatários dos *pubs* que tinham celebrado contrato com a *Courage*⁴.

Estava dado o mote para, em 2014, ser emanada a Diretiva 2014/104/EU, que regulariza as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Diretiva que seria transposta para o ordenamento jurídico português na Lei n.º 23/2018, de 05 de junho (Lei de *Private Enforcement*).

Assim, prevê-se, no artigo 3.º deste diploma legal, a possibilidade de responsabilizar civilmente empresa ou associação de empresas que cometer infração ao direito da concorrência, ficando esta obrigada a indemnizar os lesados (como vimos anteriormente, ao abrigo do artigo 483.º do CC).

No entanto, algumas particularidades sobressaem no que às ações para fazer valer o direito de indemnização ao abrigo da Lei de *Private Enforcement* diz respeito. Quando em situação de propositura de ações coletivas, como se calculará o valor indemnizatório? E como será repartido? Está expressamente previsto que tal seja realizado de acordo com os danos proporcionalmente sofridos por cada um dos lesados, seguindo uma lógica equitativa e não igualitária (SILVA; REIS, 2022, p. 18).

Assim, o que a Lei de *Private Enforcement* permite é que se juntem vários danos provocados a pessoas diferentes numa mesma ação (artigo 19.º da Lei n.º 23/2018), cada uma com objetivos indemnizatórios próprios. Até porque, na maioria das vezes, poderá não ser compensatório, quer em termos financeiros, quer emocionais, litigar sozinho contra uma empresa que incorre em infração ao direito da concorrência. Pelo que essa possibilidade de juntar pretensões indemnizatórias (através da LAP), ter quem represente a classe de pessoas e até de ter um terceiro financiador dessas mesmas ações, é uma realidade que vem contribuir para fazer valer os direitos em juízo de pessoas que, até então, não tinham meio de o fazer.

O que implica outra particularidade. Isto é, se numa relação intersubjetiva fazer-se valer do seu próprio direito, poderá ser algo compensatório *per se*, nas ações de *private enforcement*, tal compensa quando se agregam os valores globais dos danos causados, o

⁴Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=8CE80768CEE1D52FE95A80391D46215B?text=&docid=46604&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=32599>. Acesso em: 24 dez. 2022.

que implica a reunião de vários direitos, pertencentes a diferentes pessoas ou classes de pessoas, num mesmo processo.

Assim, como já foi adiantado, o modelo para o qual se avançou e que vem já previsto na Diretiva 2020/1828⁵, foi o financiamento dessas ações por terceiros à ação. Os *third party funding agreements* tiveram a sua rampa de lançamento no domínio da arbitragem, tendo sido demonstrado interesse em outras ações de outros domínios, como as ações coletivas relativas ao ambiente, estando agora a ver crescimento na área do direito da concorrência (SILVA; REIS, 2022, p. 81).

Dessa forma, transfere-se o risco do custeio das ações da parte para terceiro e, com ele, todos os riscos associados: os iniciais, de preparação da ação, de reunir elementos de prova, de dar entrada da própria ação. Além disso, os custos intermédios, das deslocações ao tribunal, de eventuais peritagens; e os finais, que poderão até incluir a perda da ação.

Caso haja improcedência da ação, essa perda é transferida para o financiador. No caso de haver procedência, também esse ganho é alocado ao financiador. O que se traduz na existência de um contrato entre esse terceiro financiador e as partes (ou as associações que as representam). Ademais, o financiador apenas recebe o valor ganho (ou uma percentagem previamente acordada) se, após pagas todas as indemnizações, sobrar algum montante para aquele pagamento. Se todos os lesados exercerem o direito de receber a indemnização, então, poderá verificar-se a situação de o financiador nada receber.

Há diversos contratos que se podem estabelecer para dar resposta à necessidade de financiamento dessas ações, que pode, por exemplo, passar por financiar não a ação em si, mas a associação que vai interpor a ação em tribunal. Não obstante, o que acontece, atualmente, em Portugal, é a total ausência de regulação desse tipo de contratos (SILVA; REIS, 2022, p. 83-92).

Postas que foram todas as questões anteriores, várias consequências podem advir relativamente à pretensão indenizatória das ações interpostas nessas condições, como colocam Silva e Reis (2022):

- Deverá o valor da indemnização ser definido em montante global e depois redistribuído pelas partes, na exata medida do seu dano?
- Poderá o direito de ressarcimento pelas custas da associação que interpôs a ação ser afastado por decisão judicial?
- Dever-se-ão incluir na remuneração do financiador as despesas tidas por força da ação?

⁵ Desde que lida em conjunto com a Recomendação de 11 de junho de 2013, o Livro Verde sobre ações de indemnização no domínio *antitrust* e do Livro Branco sobre ações no mesmo domínio (SILVA; REIS, 2022, p. 21).

- E como deverão ser pagos todos os valores anteriores, à luz da lei portuguesa? (SILVA; REIS, 2022, p. 161-162).

Relativamente à primeira questão, a resposta foi dada na segunda secção do artigo. Nomeadamente, interpretando a aplicação dos artigos 483.º e 562.º e seguintes do CC em conjunto com os artigos 4.º e 21.º e 22.º da Lei n.º 23/2018 (PEREIRA, 2017, p. 730).

Também em relação às três questões seguintes, a resposta parece ser dada pelos já referidos artigos 19.º e 22.º da Lei n.º 23/2018, sobretudo, no que diz respeito ao prazo prescricional da dívida e aos valores a serem ressarcidos (SILVA; REIS, 2022, p. 169-173, 185, 189-194).

Parece-nos, assim, que o direito à indemnização por infração ao direito da concorrência, em Portugal, está assegurado, ainda que, para tal, tenham que se fazer algumas acrobacias legislativas. Aliás, atualmente, não havendo regulação para o que são os contratos de financiamento das ações por terceiro, por exemplo, esta é a única forma de se garantir que esse financiamento é indemnizado, *a final*, pelos ganhos obtidos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciou-se este artigo pela referência à ação popular. Este é um Direito Fundamental, previsto na Constituição da República Portuguesa, que não pode ser restringido (exceto por força da lei e com as devidas limitações). Tal facto acarreta consequências para o que é a interposição de ações tuteladas pela ação popular, como é o caso concreto das de indemnização por infração ao direito de concorrência.

Em jeito de consideração final, pode afirmar-se, como se viu na doutrina e na jurisprudência, que recorrer à ação popular para tutelar direitos pode ser realizado para reconhecer a existência de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que, de certo modo, alarga o âmbito de aplicação da Lei de Ação Popular, permitindo garantir que determinadas ações, com especificidades próprias (como é o exemplo das ações indemnizatórias no direito da concorrência) encontrem tutela.

Mas, porque se trata de uma tutela ainda um pouco dúbia, tal não se faz sem que algumas questões se levantem, questões para as quais se encontra resposta, muitas vezes, por meio da conjugação de vários diplomas de direito interno e europeu. Assim, ajuda a clarificar e densificar a proteção jurídica no direito da concorrência a previsão das Diretivas Europeias sobre o assunto, mas, igualmente, sobre ações coletivas. Ao mesmo tempo que se aplicam a Lei da Ação Popular, a Lei de *Private Enforcement*, o Código Civil ou o Código de Procedimento nos Tribunais Administrativos.

Assim, as pretensões indemnizatórias relativas a infrações cometidas ao direito da concorrência terão que ser analisadas à luz de todos esses diplomas legais e, mesmo

assim, algumas questões ainda estão a percorrer o caminho da descoberta, em Portugal, como o financiamento dessas ações.

Ademais, considerando os trâmites de uma ação coletiva intentada para obtenção de indemnização por infração ao direito da concorrência, aquela terá que contemplar várias partes no que diz respeito a essa indemnização, a saber: a autora (associação ou empresa que se apresenta a juízo), a parte (representada em juízo pela autora) e o terceiro financiador. Além disso, para todas elas, é importante considerar *ab initio* qual o valor indemnizatório e como será liquidado, o que influi no montante global do pedido.

É um assunto que, ainda, tem mais questões do que respostas no âmbito do ordenamento jurídico português, mas que tem já uma relevância devidamente demonstrada⁶ e algum cuidado legislativo, relativamente ao qual se verão desenvolvimentos num futuro não muito longínquo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Para uma tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, [S. l.], v. LX, p. 917-931, 1984. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B989865bb-fe8c-4d62-a9b9-900585263905%7D.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

CAETANO, Raquel de Jesus. **A ação popular (civil) como instrumento de tutela coletiva**. Uma análise à luz da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. 2020. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.

COUTO, Beatriz Alves Resende. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos ambientais e suas especificidades**. 2020. 59 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Porto, Porto, 2020. Disponível em: file:///C:/Users/aname/Downloads/Dissertacao_-_Beatriz_Couto__1_.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

FREITAS, José Lebre de. A ação popular ao serviço do ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 36-46, 1996.

GRINOVER, Ada PeUegrini. Novas Tendências na Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos. **Revista Da Faculdade De Direito da Universidade de São Paulo**, [S. l.], n. 79, p. 283-307, 1984. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>. Acesso em: 15 mar. 2022.

MARCO, Cristhian Magnus de; SANDRIN, Katiane. A Ação Civil Pública e a Tutela dos Direitos Individuais Homogêneos em Matéria de Seguridade Social. **Revista de Direito Brasileira**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 111-139, 2011. Disponível em:

⁶ Disponível em: <https://iusomnibus.eu/pt/casos/>. Acesso em: 28 dez. 2022.

<http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2680>. Acesso em: 15 mar. 2022.

PASSINHAS, Sandra. A Tutela dos Direitos do Consumidor em Portugal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 72-106, 2021. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/118022>. Acesso em: 5 mar. 22.

PEREIRA, Alexandre L. Dias. Private enforcement do direito antitrust: novas perspectivas sobre a aplicação privada do Direito da Concorrência com a Diretiva 2014/104/EU. **Revista de Direito Comercial**, n. 1, p. 724-744, 2017. Disponível em: <https://www.revistadedireitocomercial.com/private-enforcement-do-direito-antitrust>. Acesso em: 5 mar. 22.

PINHEIRO, Miguel Ângelo de Carvalho. **A ação popular como instrumento de tutela do direito fundamental ao ambiente**: um estudo comparado luso-brasileiro. 2018. 112 f. Mestrado (Ciências Jurídicas) - Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2018. Disponível em: [https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3838/1/ação popular](https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3838/1/ação%20popular%20Dissertação%20para%20impressão%20e%20defesa.pdf) Dissertação para impressão e defesa.pdf. Acesso em: 15 fev. 2022.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo nº 7617/15.7T8PRT.S1**. Relator Oliveira Vasconcelos. 8 set. 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/efe6aedaf12203838025802c0035ec50?OpenDocument>. Acesso em: 26 dez. 2022.

SOUSA, Miguel Teixeira de. A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Direito Português. **Estudos de Direito do Consumidor**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 279-318, 2004.

SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **Private enforcement e tutela coletiva**. Coimbra: Almedina, 2022.

Como citar este documento:

MELRO, Ana. A pretensão indemnizatória em ações populares de private enforcement. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 21, n. 37, p. 261- 275, maio/ago. 2023.