



## Regime da ação popular do art. 19 da Lei 23/2018

José Lebre de Freitas

### 1. Objeto do Estudo

A Lei 23/2018, de 5 de junho, veio, por transposição para o direito português da Diretiva 2014/104/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.11.2014, regular as ações de indemnização propostas por infração ao direito da concorrência, abrangendo a ação *uti singuli* e as ações populares.

No domínio destas últimas, releva o disposto no art. 19, que introduz normas especiais em face do regime geral da lei 83/95, de 31 de agosto.

A análise que se segue visa a interpretação destas normas, bem como de outras da nova lei, entre as quais sobressaem as do art. 7, relativas à “força probatória das decisões das autoridades de concorrência e dos tribunais de recurso”, tidos em conta o regime do art. 16-1 do Regulamento nº 1/2003, de 3 de janeiro, relativo à força vinculativa das decisões do Conselho da Autoridade da Concorrência em matéria de contraordenação por infração das regras da concorrência. Paralelamente, são visitados os efeitos vinculativos das decisões da Comissão Europeia e do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de concorrência.



## 2. Legitimidade ativa para a ação popular contra práticas anticoncorrenciais

1. Constitui direito fundamental o direito de ação popular, que o art. 52-3 da Constituição da República Portuguesa (CRP), que tem hoje a redação recebida em 1997, confere “a todos, pessoalmente ou através de **associações de defesa dos interesses em causa (...)**, nos casos e termos previstos na lei” e “incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para (...) promover a **prevenção**, a **cessação** ou a **perseguição judicial** das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural”. O termo “nomeadamente” está aqui empregue no sentido, hoje mais corrente, de “inclusivamente”<sup>1</sup>, pelo que a enumeração não é taxativa, como aliás resulta também da remissão para os “casos” previstos na lei ordinária. Assim é que a Lei da Ação Popular (Lei 83/95, de 31 de agosto: LAP) alargou essa enunciação exemplificativa e atribuiu o direito de ação também às fundações defensoras desses tipos de interesses.

Têm estes em comum serem de natureza coletiva ou difusa, não radicáveis, como direitos subjetivos ou interesses legítimos **próprios**, numa ou mais pessoas individualmente consideradas – dos a estas respeitantes trata, na CRP, o art. 20º –, mas respeitantes a toda uma comunidade, por isso postulando a impossibilidade de determinação dos interessados, ou a uma coletividade de pessoas identificáveis (moradores duma autarquia, consumidores de determinado produto

---

<sup>1</sup> Outro sentido, mais próximo do original, mas que na prática é hoje de uso menor, é o de “discriminadamente”.



ou serviço). No primeiro caso, o interesse é **difuso** e no segundo **coletivo**, podendo este – e, aliás, em alguma medida, também aquele – ser considerado, não só na perspetiva global da coletividade, mas também na perspetiva individual do interessado, falando-se neste caso de **interesse individual homogéneo**<sup>2</sup>. Há assim

---

<sup>2</sup> Em concretização do disposto no art. 52-3 CRP, a LAP não abrange só os interesses **difusos**, relativos a uma comunidade ou um grupo inorgânico de pessoas, cuja composição é, em cada momento, ocasional e, por isso, não permite a identificação prévia dos seus titulares, mas também os interesses **coletivos**, relativos a uma comunidade genericamente organizada, cujos membros são como tais identificáveis, mas sem que essa organização se processe em termos de pessoa coletiva (LEBRE DE FREITAS, **A ação popular ao serviço do ambiente**, in **Ab Uno Ad Omnes - 75 anos da Coimbra Editora**, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 799, pondo a tónica da distinção na **organização** e não tanto na insuscetibilidade de **apropriação individual**, que lhe é característica comum, pela qual se distinguem dos **interesses individuais homogéneos**: ver o art. 13 LDC). Ver, sobre os critérios de distinção que a doutrina tem estabelecido, NICOLAU SANTOS SILVA, **Os interesses supraindividuais e a legitimidade processual civil ativa**, Lisboa, Quid Juris, 2002, ps. 50 a 59. Desenhou-se de início, na jurisprudência, uma interpretação restritiva do âmbito de previsão da LAP, de acordo com a qual só os interesses difusos por ela seriam tutelados (por exemplo, ac. do TRL de 28.3.96, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), proc. 0000836). Esta orientação foi logo ultrapassada pela LDC. Ver, no sentido do texto, ainda que com perspetiva diferente, o ac. do STJ de 23.9.97 (MIRANDA GUSMÃO), **BMJ**, 469, p. 432: depois de assinalar que “o artigo 1 da lei 83/95, de 31 de agosto, abrange não só os *interesses difusos* (interesses de toda a comunidade) como ainda os *interesses individuais homogéneos* (os que se polarizam em aglomerados identificados de titulares paralelamente justapostos)”, decidiu que “o direito de reparação de danos dos assinantes do serviço telefónico por incumprimento de contrato inclui-se na categoria dos interesses homogéneos individuais”. Em meu entender, é o próprio interesse coletivo (ou até difuso) que, depois de identificados



um interesse difuso à proteção ambiental e um interesse coletivo dos municípios ou dos consumidores, que, aos olhos de cada um, constitui um interesse individual homogêneo. Este último ganha relevância, por ser então **destacável** do conjunto, convertendo-se em direito subjetivo, quando das finalidades de prevenção e de cessação da infração se passa para a da “perseguição judicial” com o fim de obter a condenação do lesante no pagamento de uma indemnização para os lesados. Com ele entramos na esfera jurídica das posições individuais, homogeneamente afetadas pelo ato contrário ao interesse coletivo.

Leis especiais regulam campos específicos destes interesses: Lei de Defesa do Consumidor (LDC), Lei de Defesa do Património Cultural, Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, Lei das Associações de Defesa do Ambiente, Lei de Bases do Ambiente. A Lei 23/2018, de 5 de junho (Lei), que transpõe a Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.11.14 (Diretiva), sobre

---

os respetivos titulares, se **desdobra**, para certos efeitos, em interesses individuais homogêneos (subjetivamente radicados, mas de conteúdo idêntico, ainda que não com a mesma extensão), que, quando destacáveis do conjunto, são suscetíveis de ser feitos valer separadamente ou em conjunto. O caso típico é, precisamente, o do **direito à indemnização** pela violação do interesse **coletivo** (ou, embora mais dificilmente, **difuso**). Constata-se, de qualquer modo, que a repartição feita nos nºs 2 e 3 do art. 22 LAP não corresponde à distinção entre estes dois tipos de interesses. Semelhantemente, TEIXEIRA DE SOUSA, **A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos**, Lisboa, Lex, 2003, ps. 166 a 170, considera que a fixação da indemnização global tem lugar, quer no caso da violação do interesse (difuso) relativo ao ambiente, quer no da violação do interesse (coletivo) relativo ao consumo, em ambos os casos a dificuldade de posterior identificação dos lesados tornando a indemnização global mais punitiva do que ressarcitória.



o direito à indemnização por infração ao direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, é a mais recente dessas leis particulares.

Trata esta lei do direito à indemnização resultante da infração de normas do direito europeu ou do direito nacional sobre a **concorrência**, abrangendo, como lesados, **adquirentes** e **fornecedores**, diretos ou indiretos, de bens ou serviços da empresa infratora (arts. 2, alíneas f) e g), e 3) e consistindo a infração na violação das normas dos arts. 9, 11 e 12 da Lei 19/2012, de 8 de maio, de normas correspondentes da legislação de outros Estados-Membros ou dos arts. 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE: arts. 2 e 3).

Para além da ação individual, é expressamente admitida, no art. 19 desta Lei, a **ação popular**, como **ação de indemnização**, por infração ao direito da concorrência, ao abrigo da LAP (n.º 1). Para ela têm legitimidade as entidades nesta referidas e, em especial, as associações e fundações que tenham por fim a defesa dos consumidores e as associações de empresas cujos sócios sejam lesados pela infração em causa, ainda que o contrato social não inclua a defesa da concorrência (n.º 2) Os n.ºs 3 a 8 contêm **normas especiais**, interpretativas ou derogadoras do regime geral.

Perante o texto da Lei, não é duvidosa a legitimidade processual ativa de qualquer associação de defesa dos consumidores, que **genericamente** tenha como fim estatutário a defesa dos interesses dos consumidores, em geral ou relativos a certo tipo de produto ou serviço, ou que, mais **especificamente**, tenha como fim estatutário a defesa dos interesses dos consumidores **perante atos lesivos da concorrência**, para pedir a indemnização a eles devida em



consequência de determinada prática anticoncorrencial.

2. Não contém a LAP nem a LEI qualquer exigência suplementar para as associações de defesa dos interesses coletivos e difusos nas áreas do consumo ou da concorrência.

No entanto, o art. 17-2 LDC (Lei 24/96, de 31 de julho) estabelece uma classificação tripartida das associações de consumidores em função da área a que circunscrevem a sua ação, exigindo que tenham, pelo menos, 3000 associados as que atuam no âmbito nacional, 500 associados as que atuam no âmbito regional e 100 as que atuam no âmbito local. A todas sendo conferido o direito de ação popular (art. 18-1-I LDC), será que não o têm as associações de consumidores que não satisfaçam o requisito da existência desse número mínimo de associados?

Entende-se por associação de consumidores uma associação com personalidade jurídica, sem fim lucrativo e com o objetivo principal de proteger os direitos e os interesses de consumidores em geral ou dos consumidores seus associados (art. 17 LDC).

A associação pode assim atuar no interesse dos seus associados ou no interesse, mais geral, desses e outros consumidores; mas é, ela própria, uma associação **de consumidores**<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Claro que, todo o homem sendo consumidor, se poderia dizer que é incongruente frisar essa qualidade do associado. Mas, se se considerar que a associação pode atuar em campos específicos, reunindo consumidores de determinado tipo de produto ou serviço, a expressão começa a fazer sentido.



Compreende-se que, estando em causa uma sua atuação **material**, isto é, uma intervenção nas condições de funcionamento do mercado ou na ação administrativa (por exemplo, a representação dos consumidores em processo de consulta ou audiência pública, na solicitação da retirada de bens do mercado ou de uma resposta ao conteúdo duma mensagem publicitária, ao lado de muitas outras enunciadas no art. 18-1 LDC), a sua dimensão, expressa no número de associados, releve na definição do campo geográfico em que atua.

Mas tal deixa de fazer sentido quando passamos para o campo **adjetivo** do exercício da ação popular, tido nomeadamente em conta que qualquer cidadão, **individualmente**, a pode exercer<sup>4</sup>. Se se considerasse que a exigência do mínimo de 100 associados é requisito **constitutivo** da associação ou pressuposto do exercício das suas funções, esse mínimo ser-lhe-ia sempre indispensável para exercer o direito de ação popular (art. 3-a LAP). Mas não é assim: trata-se apenas de requisito exigido para a **generalidade das atuações** da associação, como bem mostram os n.ºs 2 e 3 do art. 18. Não é este o caso da ação popular, como inequivocamente resulta do art. 3 LAP, que só faz depender a legitimidade ativa das associações da sua personalidade jurídica, do seu fim estatutário e do não exercício de atividade profissional concorrente com empresa ou profissão liberal. Aliás, só para a LAP, que não faz qualquer exigência desse tipo, remete o art. 13-b LDC, ao reconhecer a legitimidade para propor a ação popular aos consumidores e às associações de

---

<sup>4</sup> Fora do campo, mais circunscrito, da defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais (art. 52-3-b CRP), um residente no Algarve pode mover uma ação popular para defesa dos consumidores de Vila Real perante práticas comerciais locais.



consumidores, ainda que não diretamente lesados<sup>5</sup>.

Acresce que a associação de defesa dos consumidores não tem de coincidir com uma associação de consumidores. Mostra-o, em primeiro lugar, a Constituição.

Das associações de consumidores trata o art. 60 CRP, que lhes reconhece legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses coletivos ou difusos. Ora esta atribuição não faria sentido se constituísse mera repetição da atribuição de legitimidade feita no art. 52-3 CRP, que, como se viu, já confere o direito de ação popular às associações de defesa dos direitos dos consumidores. A dualidade significa que os conceitos de associação **de consumidores** e de associação de **defesa dos consumidores** não coincidem: uma associação de cidadãos que tenha como fim estatutário a defesa dos interesses dos consumidores em geral ou de determinada categoria de consumidores não tem de ser constituída por consumidores ou

---

<sup>5</sup> O ac. do TRL de 4.12.18 (ISABEL FONSECA), proc. 7074/15, julgou ter legitimidade ativa para a ação popular, nela podendo fazer valer o direito à indemnização dos lesados, uma associação, no caso **constituída por duas pessoas**, tendo o fim de promover a defesa da concorrência e a proteção dos consumidores. Saliente-se, aliás, que, se o requisito do número mínimo de associados fosse exigível para o exercício do direito de ação popular, a sua falta à data da propositura da ação poderia ser sanada na pendência da causa, mediante a entrada de associados que perfizessem esse mínimo exigido, de acordo com os arts. 6-2 e 287-3 do CPC. A dissociação entre a titularidade do direito de ação e a titularidade do interesse coletivo ou difuso ou do direito à indemnização peticionado permitiria, na ação popular, esta legitimação subsequente para fazer valer judicialmente um interesse ou direito material alheio.





por consumidores dessa categoria; perante ela, não se põe a questão de ter atuações concretas no interesse dos seus associados ou dos consumidores nela não associados; por definição, atua no domínio dos interesses coletivos ou difusos, podendo, aliás, defender também, se assim disserem os seus estatutos, outro tipo desses interesses<sup>6</sup>.

Tida em conta a disposição do art. 60 CRP, a associação de consumidores é, por inerência, uma associação de defesa dos consumidores, podendo exercer a ação popular se o consentirem os seus estatutos. Mas a inversa não é verdadeira e a associação de defesa dos consumidores que não seja uma associação de consumidores não está sujeita à mesma exigência de representatividade que para esta se põe. Muito menos, como se deixou dito, quando se trata de propor ações populares.

### 3. Da Indemnização

1. De acordo com a LAP, tem esta como finalidade a **prevenção**, a **cessação** ou a **perseguição judicial** das infrações previstas no art. 52 3 da Constituição. Tal como nos textos legais anteriores (Lei das Associações de Defesa do Ambiente, Lei de Bases do Ambiente, Lei de Proteção do Consumidor, Regime das Cláusulas Contratuais Gerais<sup>7</sup>), não é nela feita referência ao exercício do **direito à indemnização**, o que constitui uma lacuna em face do texto

---

<sup>6</sup> Nada impede, por exemplo, que uma associação tenha como objeto a propositura de ações populares para defesa dos consumidores e para defesa do ambiente.

<sup>7</sup> A LDC é posterior à LAP.



constitucional para que remete. A interpretação da lei ordinária mais conforme com a Constituição dará que a remissão para o art. 52 3 CRP deve ser considerada como tendo o alcance de receber o preceito constitucional também na parte não transcrita, assim se evitando uma **inconstitucionalidade por omissão**; mas esta interpretação não deixa de oferecer dificuldade quando se tenha em conta que a Constituição remete, por sua vez, para a lei ordinária. Por isso, alguma doutrina tem constatado a **permanência da omissão**, considerando que a LAP não atribui a ação popular para fins indenizatórios<sup>8</sup>.

A questão não é despicienda: não tendo as associações o direito de pedir indenização, a fixação desta, nos termos do art. 22 LAP, será feita **oficiosamente** e, sem prejuízo da possibilidade de o autor da ação popular carrear para o processo elementos que facilitem a tarefa do tribunal, o pedido de indenização não pode constituir **objeto** do processo, carecendo o autor popular de **legitimidade** para o deduzir<sup>9</sup>; entendendo, pelo contrário, que a ação popular abarca esse objeto, a legitimidade do autor da ação popular para o pedido

---

<sup>8</sup> Ver, por todos, antes da LAP, MÁRIO TORRES, **Ambiente – Bem jurídico / Legitimidade**, in **Ambiente**, CEJ, 1994, ps. 454 a 457. Depois dela, sustentei essa interpretação em **A ação popular no direito português**, in **Estudos de direito civil e processo civil**, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, I, ps. 205 e ss, n.º 3.3.

<sup>9</sup> A ação popular baseia-se numa legitimidade extraordinária, que não cabe nos padrões da legitimidade processual tradicional e que caracteriza normas **excepcionais**, como tais insuscetíveis de aplicação analógica. Não pode, portanto, do direito de ação do titular à indenização inferir-se, **sem mais**, o direito de, em ação popular, a indenização ser pedida para outrem.



de indenização deixa de ser duvidosa.

De qualquer modo, quando passamos para o âmbito específico da LEI essa legitimidade, já defensável perante o art. 13-b LDC, conjugado com o art. 12-1 LDC, torna-se indiscutível. A única questão que se põe é, pois, a de saber como articular a **norma especial** do art. 19 desta lei com o art. 22 LAP.

**2.** Começemos por indagar qual o **critério a seguir** na fixação da indenização nos termos do art. 22 LAP.

A primeira constatação a fazer é que o dever de indenizar do réu em ação popular é consequência da **violação**, dolosa ou culposa, de interesses coletivos ou difusos e tem por finalidade a **reparação** dos danos causados ao lesado ou lesados. Encontramo-nos, portanto, perante o instituto da **responsabilidade civil**, que não se confunde com os institutos que, no direito civil, criam um puro **dever de restituir**, de que são exemplo o art. 289 CC (dever de restituir o que foi prestado em cumprimento de negócio jurídico nulo ou anulado) e o art. 476 CC (dever de restituir o indevido). A indenização a fixar tem, pois, por **função** a reparação do dano causado e por **conteúdo** a prestação que o repare, e não a restituição de coisas ou quantias indevidamente recebidas.

A segunda constatação é que o art. 22 LAP distingue duas situações: a indenização pela violação de interesses de titulares **não individualmente identificados** (nº 2) e a indenização pela violação de interesses de titulares (individualmente) **identificados** (nº 3), sendo a primeira fixada **globalmente** e a segunda **nos termos gerais** da responsabilidade civil. Estes preceitos articulam-se com os



dos nºs 2 e 3 do art. 15 LAP, que igualmente se referem a titulares de interesses identificados ou individualizados, aos quais é anteposto o universo dos restantes, determinado em função duma circunstância ou qualidade comum, da área geográfica em que residam ou do grupo ou comunidade que constituam. Tratando o art. 15 LAP da citação, não é duvidoso que o conceito de identificação ou individualização se traduz na referência, no processo, a um **contitular concreto** do interesse em jogo. O apelo aos conceitos de grupo e comunidade é, designadamente, inequívoco no sentido de que titulares **identificáveis**, mas **não identificados**, integram, simultaneamente, a previsão do art. 15-3 LAP e a do art. 22-2 LAP<sup>10</sup>. Assim, não só o interesse difuso, mas também o interesse coletivo (ver nota 2 *supra*), podem integrar a previsão de qualquer destes preceitos.

A terceira constatação é que a remissão, no caso do art. 22-3 LAP (titulares identificados), para os termos gerais da responsabilidade civil acarreta, **em primeira linha**, a aplicação do art. 566-2 CC, sendo o dano apurado em função da **diferença** entre a situação patrimonial atual do lesado e a que ele teria se não fosse o ato ilícito<sup>11</sup>. Mesmo quando, em consequência do ato ilícito, o agente haja recebido quantias que de outro modo não receberia, a indemnização não se confunde com a sua pura restituição: por um lado, pode haver danos

---

<sup>10</sup> Em sentido diverso, equiparando os titulares identificáveis aos titulares identificados e, por isso, negando a admissibilidade da fixação de indemnização global a atribuir aos assinantes do serviço fixo de telefone que, durante um período determinado, pagaram uma taxa de ativação da chamada, julgada ilegal, ver o ac. do STJ de 7.10.03 (NUNO CAMEIRA), proc. 03A1243.

<sup>11</sup> Só subsidiariamente tem aplicação o art. 566-3 CC.



a reparar além desse; por outro, a **medida da lesão** será inferior ao montante recebido se, por via dela, o lesado também não tiver despendido outras quantias que, sem ela, despenderia. A teoria da diferença exige sempre a **reconstituição duma situação hipotética** de cuja comparação com a situação real posterior à lesão brotará a medida da indemnização.

A quarta constatação é que, no caso do art. 22-2 LAP (titulares não identificados), a indemnização global **pode** ser fixada **em termos equitativos**. Tal depende de se verificarem os pressupostos do art. 566-3 CC: se a falta de identificação dos lesados impedir o apuramento do valor exato do dano, a indemnização global há de ser fixada segundo critérios de equidade, que, como é próprio desta, serão definidos para o caso concreto, pesando nomeadamente a conveniência de acentuar o carácter punitivo da indemnização em face do seu carácter ressarcitório (ver nota 2 *supra*, *in fine*). Tal acontecerá, normalmente, no caso de violação de **interesse difuso**, cuja natureza, tido em conta o critério distintivo que adotamos (*supra*, nota 2), levará a que, em regra, a repartição da indemnização seja feita **em parcelas iguais**, a atribuir aos vários interessados que se apresentem a reclamá-la nos três anos posteriores ao trânsito em julgado da sentença (art. 22-4 LAP). Sendo o interesse **coletivo**, o mesmo se fará se o valor do dano não for determinável, aplicando-se então o art. 566-3 CC<sup>12</sup>; caso contrário, a fixação global da

---

<sup>12</sup> O mesmo, segundo TEIXEIRA DE SOUSA, quando, sendo o interesse coletivo, a indemnização a atribuir a cada lesado seja de montante tão pequeno que não justifique as despesas inerentes à quantificação do dano individual (**A legitimidade popular** cit., p. 172).



indenização não impede que esta seja fixada nos termos gerais do art. 566-2 CC.

A quinta constatação é que, fixada uma **indenização global**, nos termos gerais da teoria da diferença ou equitativamente, cabe aos vários interessados **reclamar** a sua parte, no prazo de três anos, após o que o seu direito **prescreve** e a parte sobranse é entregue ao Ministério da Justiça, nos termos do art. 22-5 LAP. Esta entrega está, pois, sempre dependente da **liquidação da obrigação de indenizar**, pressupondo o **depósito**, em princípio à ordem do tribunal<sup>13</sup>, da quantia devida pelo réu condenado.

### 3. Passemos agora ao art. 19 da LEI.

Constituindo o direito à indenização o objeto específico da ação por ele proporcionada, a repetida referência aos **lesados** pela infração ao direito à concorrência não deixa dúvida quanto à aplicação das normas gerais da responsabilidade civil à determinação qualitativa do dano sofrido por cada um, cabendo porém à sentença condenatória determinar os critérios que permitam a identificação dos lesados e a liquidação do dano individualmente sofrido (art. 19-3 da LEI) e sendo, semelhantemente mas de modo não inteiramente coincidente com o do art. 22 LAP, feita a distinção entre os casos em que estejam individualmente identificados **todos os lesados**

---

<sup>13</sup> Como é adiante acentuado no texto, o art. 19-6 da LEI determina que o depósito seja feito à ordem duma entidade responsável. Nada impedirá que, quando o tribunal julgue esta solução mais conveniente, ela venha a ser adotada fora do âmbito da concorrência.



daqueles em que assim não seja para, nestes, ser o montante da indemnização **fixado globalmente** (art. 19-4). Neste caso, especifica o art. 9-2, *ex vi* art. 19-4, que o tribunal recorrerá a uma **“estimativa aproximada”**, podendo para o efeito ter em conta a Comunicação 2013/C 167/07, de 13.6.13, da Comissão, sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento os arts. 101 e 102 do TFUE. Esta estimativa aproximada tem igualmente lugar, por aplicação direta do mesmo art. 9-2 à ação individual, quando seja **praticamente impossível** ou **excessivamente difícil** calcular com exatidão os danos totais sofridos pelo lesado identificado ou o valor dos custos adicionais resultantes da infração que este haja feito repercutir no preço praticado a jusante na cadeia de produção ou de distribuição. O montante global da indemnização fixada nos termos do art. 19-4 é entregue pelo réu condenado a uma **entidade designada pelo tribunal**, nos termos do art. 19-6, e, quando não seja suficiente para compensar todos os danos sofridos pelos lesados que forem individualmente identificados, é distribuído entre eles proporcionalmente (art. 19-5).

Vê-se assim que, das cinco constatações que retirei do art. 22 LAP, a 1.<sup>a</sup>, a 3.<sup>a</sup> e a 4.<sup>a</sup> se mantêm inteiramente no âmbito de aplicação do art. 19 da LEI: o dever de indemnizar integra-se no instituto da responsabilidade civil e não nos que consagram um dever de restituição; o montante da indemnização global pode ser fixado em termos equitativos (“estimativa aproximada”)<sup>14</sup> e, neste caso,

---

<sup>14</sup> A indemnização é fixada equitativamente quando não seja possível assegurar o valor **exato** dos danos, devendo o tribunal julgar então **“dentro dos limites** que tiver por provados” (art. 566-3 CC), isto é, fazendo a “estimativa aproximada” do art. 9-2 da LEI.



podem as circunstâncias implicar que a distribuição pelos lesados se faça em parcelas iguais, por impossibilidade ou extrema dificuldade de determinar o valor individual do dano. Quanto aos dois outros pontos que considere, há algumas precisões e adaptações a ter em conta.

Em primeiro lugar, dir-se-á, numa primeira leitura, que se procede à fixação do montante global da indemnização sempre que não estejam individualmente identificados **todos os lesados**.

Ficaria assim ultrapassada a questão de saber se a contraposição entre titulares identificados e titulares não identificados do interesse coletivo ou difuso implica, como inculca o enunciado legal dos n.ºs 2 e 3 do art. 22 LAP, que, se houver de uns e de outros perante a violação de determinado interesse, os primeiros têm direito a ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade civil, devendo verificar-se, para cada um, o nexó de causalidade e a extensão do dano, enquanto para os segundos é fixada uma indemnização global, que prescinde desses pressupostos, ou se antes aponta, como também é defendido<sup>15</sup>, para categorias diferentes de interesse, implicando, no caso do interesse coletivo, a aplicação do regime geral da responsabilidade civil e, no do interesse difuso, a fixação duma indemnização global.

---

<sup>15</sup> TEIXEIRA DE SOUSA, **A legitimidade popular** cit., ps. 170 a 174. Segundo o Autor, sendo difuso o interesse, não haveria indemnização pessoal, sendo o produto da indemnização aplicado na reparação geral do interesse violado (replantação duma floresta ou despoluição dum rio, por exemplo), e, sendo coletivo, mas de expressão individual pouco significativa (aquisição de eletrodoméstico deficiente, por exemplo), a distribuição far-se-ia por cabeça.





Creio que, pese embora a diferente redação dos n.ºs 3 e 4 do art. 19 da Lei, nada nesta se quis dizer de diferente, quanto a este ponto específico:

– O critério a seguir perante a violação de normas sobre a concorrência é o de indemnizar cada lesado que seja **identificado no decorrer do processo**, segundo os critérios estabelecidos pela sentença condenatória e em montante calculado segundo os critérios por ela também estabelecidos, com sujeição, de acordo com os arts. 4 e 17 da DIRETIVA, aos princípios da efetividade (“não tornar praticamente **impossível** ou **excessivamente difícil** o exercício do direito à reparação integral dos danos”) e da equivalência (regras e processos não menos favoráveis ao lesado do que os que regem ações de indemnização análogas por infração ao direito nacional), que podem levar, tidas em conta as circunstâncias, a uma distribuição **em parcelas iguais** pelos vários lesados ou **por categorias pré-definidas** de lesados;

– Não estando, como na prática será de regra, identificados **todos** os lesados, é fixado um montante global **para os não identificados**.

Em segundo lugar, permanecendo o prazo de três anos, contados do trânsito em julgado da sentença condenatória, para, sob pena de prescrição, os lesados reclamarem a sua parte na indemnização global, a determinação do remanescente a entregar ao Ministério da Justiça só se faz depois de pagas as **custas, encargos, honorários e demais despesas** que o autor tenha feito em consequência da ação (art. 19-7 da LEI). Cabe ao juiz da causa fixar um **prazo razoável**, logicamente inferior a esse de três anos, após o qual logo se faz a **afetação** das importâncias, ainda não reclamadas, que permitam o reembolso das referidas despesas.



Dois significados se podem querer atribuir ao termo “afetação”: o de **mera liquidação**; o de **atribuição**, pressupondo prévia liquidação. Em qualquer dos casos, a liquidação a ter lugar será **provisória**, pois, quando a reclamação de novos interessados, após o decurso desse prazo razoável, faça baixar o remanescente a distribuir para montante que não permita o pagamento de todas as despesas liquidadas, novas operações têm de ser feitas no termo desse prazo de três anos.

Na primeira interpretação, a única utilidade dessa pré-liquidação seria permitir, terminados os três anos, o pagamento imediato das despesas, quando o montante dos créditos reclamados no período intermédio não conduzisse a uma nova liquidação. Seria uma vantagem diminuta, que dificilmente justificaria a coexistência de dois prazos (o prazo judicial razoável e o prazo legal de três anos).

Melhor entendimento me parece, por conseguinte, o segundo, desde que feito com as devidas cautelas: por um lado, há que assegurar o princípio da *par condicio creditorum*, assegurando o mesmo tratamento aos credores que reclamem dentro do prazo razoável e àqueles que o façam no período intermédio (do termo desse até ao termo do prazo de três anos); por outro lado, há que garantir o eventual reembolso da importância afetada ao pagamento das despesas, na sua totalidade (se as indemnizações a atribuir aos lesados cobrirem a totalidade da indemnização global) ou em parte (se essas indemnizações vedarem o custeamento total das despesas, mas permitirem que ele se faça em parte). Para observância da primeira condição basta reservar para o termo dos três anos o apuramento e o pagamento das quantias parcelares devidas a cada reclamante, aplicando-se, se necessário, o art. 19-5 da LEI. Quanto à segunda condição, só se mostrará verificada se for prestada **caução**



suficiente para garantir o eventual reembolso total das quantias recebidas para pagamento de despesas (ponto ao qual voltarei).

Não parece admissível, visto que dificilmente todos os lesados estarão pré-identificados, que o tribunal, em vez de fixar o valor da indenização global, siga o critério de determinar o valor da parcela a atribuir a cada lesado – caso em que poderia nada vir a sobrar para os honorários, as despesas e o próprio Ministério da Justiça<sup>16</sup>.

O direito ao pagamento das despesas elencadas no art. 19-7 da LEI constitui-se, pois, ainda que provisoriamente, sempre que haja lugar à condenação do réu numa indenização global e o montante desta exceda a quantia reclamada pelos lesados no prazo razoável judicialmente fixado. Note-se, no entanto, que essas despesas a reembolsar não englobam as **custas processuais**, tido em conta que delas está isento o autor da ação popular que obtenha vencimento, ainda que só parcial (art. 20 LAP, n.ºs 1 e 2). Note-se ainda que o autor da ação popular não tem acesso ao regime geral do **apoio judiciário**, nomeadamente no que respeita à nomeação de patrono: a garantia fundamental do apoio judiciário é dada para as ações em que se faça valer direito ou interesse próprio (art. 20-1 CRP), sendo a lei ordinária expressa nessa delimitação e na exclusão da tutela dos interesses coletivos e difusos (art. 6, n.ºs 2 e 3, da Lei 34/2004, de 29 de julho).

#### 4. Esse direito do autor da ação popular ao reembolso das

---

<sup>16</sup> Tal só aconteceria se algum dos lesados pré-identificados deixasse prescrever o direito à indemnização.



despesas referidas no art. 19-7 da Lei mantém-se quando não tenha sido ele a suportá-las diretamente, por ter recorrido ao financiamento por terceiro?

A questão não pode deixar de ter resposta afirmativa imediata, quando o montante da despesa não tenha sofrido alteração (fora a atualização monetária) pelo facto de ter sido terceiro, e não a parte, a suportá-la: é indiferente que o reembolso tenha como último destinatário a parte ou o seu financiador e nem os problemas de validade que possam suscitar-se perante o contrato de financiamento relevam de algum modo para o efeito, dizendo respeito apenas às relações entre financiador e financiado. Mas, quando as despesas sejam maiores em consequência do contrato de financiamento, seja porque o financiador tem direito a um **juro**, seja porque o financiador corre o **risco** da ação e por isso, vencida esta, reclama um **lucro**, a questão ganha complexidade, na medida em que o montante a deduzir é mais gravoso para o remanescente não distribuído da indemnização. Começa então a relevar, designadamente, fora do campo das relações estabelecidas entre os contraentes, a questão da validade do contrato de financiamento, visto que, se este for nulo, o financiado deixará de poder pretender deduzir desse remanescente importâncias que, em consequência da nulidade, já não terá de entregar ao financiador.

Consideremos, pois, sucessivamente, a questão da validade do contrato de financiamento e a da exigibilidade, perante o remanescente da indemnização, das quantias que excedam o montante da despesa efetuada, a título de juro, de compensação de risco ou outro.



5. Perante o direito civil, o contrato de financiamento é **válido**. Não se trata dum contrato típico nem, no campo dos direitos europeus continentais, de um contrato social e economicamente tipificado. A questão da admissibilidade do contrato de financiamento do contencioso, conhecido e praticado nos sistemas de direito de matriz anglossaxónica desde os anos 90 do século passado e já recebido no campo da arbitragem<sup>17</sup>, está apenas começando a ser formulada à luz dos sistemas de matriz romano-germânica, na medida em que só agora se está esboçando a sua prática, fora dos esquemas tradicionais do contrato de mútuo, da conta em participação, do contrato de seguro ou da cessão, sob condição resolutiva, do direito litigioso com escopo de garantia.

Sendo, em princípio, admissíveis os contratos inominados que visem satisfazer **interesses dignos de proteção legal** (art. 398-2 CC), o contrato de financiamento do contencioso é, em si, admissível e a sua validade só será beliscada se os termos em que é celebrado importarem violação do direito fundamental de ação ou defesa ou de uma sua derivação (art. 20 e, no campo da ação popular, art. 52-3 da Constituição) ou de norma geral do direito civil geradora de nulidade ou anulabilidade (arts. 280, 294 e 287 do CC), especialmente relevando a consideração da autonomia da parte financiada e do seu mandatário, do dever de confidencialidade e das normas sobre conflitos de interesses.

---

<sup>17</sup> Assim, pelo menos, no Regulamento de Arbitragem da Câmara Arbitral de Milão (art. 43).



Se estivéssemos perante uma ação individual, ou se o produto remanescente das indenizações reclamadas devesse, por lei, ficar para o autor da ação popular, a indagação poderia ficar por aqui. Mas, destinando-se o remanescente final, na ação popular, ao Ministério da Justiça, para este aplicar de acordo com o art. 22-5 LAP, põe-se a questão subsequente da admissibilidade da atribuição, pela entidade referida no art. 19-6 da LEI à entidade financiadora, de quantias que excedam, em termos nominais, o montante total do financiamento.

**6. Esta questão desdobra-se em duas:**

- É aceitável a cobrança duma taxa de **juro** pela entidade financiadora?
- É aceitável – e em que termos – compensá-la pelo **risco** de perda das quantias com que custeou honorários (de advogados, juristas, técnicos), encargos e outras despesas<sup>18</sup>?

No pressuposto de que o financiado não tenha – o que não lhe é exigível – meios próprios que lhe permitam custear as despesas aconselháveis ao bom êxito da ação e que esta visa prosseguir um interesse geral, a resposta a cada uma das duas perguntas formuladas é, a meu ver, positiva, desde que dentro dos limites da

---

<sup>18</sup> Só neste sentido se entenderá a fixação dum *success fee* a atribuir à entidade financiadora. Não se trata duma remuneração suplementar do investidor, mediante comparticipação no êxito duma ação que visa tutelar interesses difusos ou coletivos, mas sim de um critério de compensação da entidade financiadora pelo risco assumido.



**razoabilidade:** com a taxa de juro será compensado o financiador, em termos que, em meu entender, se devem conter no limite dos **juros legais** (art. 559-1 CC), a incidir sobre as quantias despendidas, relativamente ao **tempo** durante o qual ele esteja delas desembolsado; por sua vez, a compensação pelo risco, igualmente mediante fixação duma taxa aplicada às quantias disponibilizadas, será feita em valor que, o mais objetivamente possível, assegure uma **situação financeiramente neutra** ou de equivalência entre as oportunidades de ganho e de perda. Cumulando-se juro e compensação, a taxa do primeiro deverá corresponder à duma concessão de **crédito com garantia**, dada a função garantística da compensação pelo risco. Mais difícil é definir os limites razoáveis para esta compensação.

Dentro de alguns anos, se o financiamento do contencioso conhecer alguma generalização, será possível utilizar os dados fornecidos pela estatística sobre as perdas e as recuperações efetivas dos montantes disponibilizados, para calcular uma taxa média de risco provável do financiador. Hoje, esse cálculo é necessariamente muito impreciso e, sem tolerar exageros, deverá propender para conferir uma **adequada margem de segurança** ao financiador.

Eu diria que, na falta de outro critério, é de contar com 50% de probabilidade de ganho da ação popular de indemnização<sup>19</sup> e,

---

<sup>19</sup> Tendo em conta que o contrato de financiamento do contencioso não é feito sem que o financiador se convença da alta probabilidade de ganho da ação, a taxa de 50% pode ser redutora; mas há que conferir, como frisado, alguma margem de segurança ao financiador, que de outro modo, compreensivelmente, não financiará.



dentro destes 50%, contar com outra taxa de 50% de probabilidade de o remanescente do montante global da indenização arbitrada permitir o reembolso total das despesas causadas pelo processo<sup>20</sup>. Atribuir ainda um pouco mais, nas primeiras experiências a fazer, a título de reforço suplementar da segurança dum financiador que arrisca antes de qualquer precedente de jurisprudência nacional sobre a interpretação do art. 19 da LEI, parece-me também admissível. O que não deverá é ser excedido o limite a partir do qual se entraria em campo puramente especulativo. O financiamento feito poderá assim dar lugar ao reembolso dum quantia de montante superior à desembolsada, tal como poderá dar lugar ao reembolso simples de apenas parte do financiamento efetuado ou a reembolso nenhum.

A experiência que se colha nos primeiros casos logo permitirá ir retificando (provavelmente para menos) estas bases de cálculo.

Dentro destes limites, movemo-nos, em meu entender, dentro da razoabilidade dum nexos de causalidade adequada.

Duas notas ainda:

A caução a prestar pela entidade financiadora que receba

---

<sup>20</sup> Se a indemnização for fixada em termos que tenham realisticamente em conta o número previsível de lesados (mas pode o tribunal ficar aquém dele), pode dizer-se praticamente certo que, nem todos acorrendo à distribuição, alguma coisa sobrá sempre, restando verificar se em montante suficiente para que o financiador seja **totalmente** reembolsado. Considerando a probabilidade de reembolso **parcial** das quantias por ele despendidas, também esta taxa de 50% pode pecar por defeito; mas a mesma consideração feita na nota anterior é aqui aplicável.





provisoriamente (no termo do prazo razoável fixado pelo tribunal) a quantia respeitante ao financiamento deverá ser prestada por banco idóneo ou consistir em hipoteca de bens existentes em território nacional.

A consideração como despesa, para os fins do art. 19-7 da LEI, de um “*success fee*” que vise a cobertura do risco, nos termos acima defendidos, é ajustada e corresponde à interpretação racional duma lei que visa garantir que, em matéria de concorrência, seja estimulado o recurso a uma ação popular que tenha fortes probabilidades de ser julgada procedente.

#### **4. Força vinculativa das decisões da Comissão europeia e da autoridade da concorrência**

**1.** Os tribunais dos Estados-Membros **não podem** tomar decisões contrárias a decisões definitivas da Comissão sobre matéria dos arts. 101 ou 102 do TFUE e **devem** evitar tomar decisões que possam entrar em conflito com decisões previsíveis da Comissão em processos pendentes, suspendendo a instância nacional se para tanto necessário (art. 16-1 do Regulamento (CE) nº 1/2003, do Conselho, de 16.12.2002, relativo à observância das normas sobre a concorrência).

A vinculação das autoridades nacionais pelas decisões da Comissão era já afirmada na jurisprudência do Tribunal de Justiça desde o caso Masterfoods (decisão de 14.12.2000, proferida no processo C-344/98), com a derivação de os tribunais nacionais não poderem invocar caso julgado interno, ou caso decidido ou resolvido



pela Administração interna, ainda que anterior à decisão da Comissão, ou do Tribunal de Justiça no caso de para este ter havido recurso da decisão daquela (acs. da Grande Secção do Tribunal de Justiça de 18.7.07, proc. C-119/05, ECLI: EU:C:2007:434, e da 2ª secção do Tribunal de Justiça de 3.9.09, proc. C-2/08, ECLI: EU:C:2009:506, ambos afastando os efeitos retirados do caso julgado pelo art. 2909 do CC italiano).

Este predomínio do direito europeu sobre o direito interno vincula as autoridades e os tribunais dos Estados-Membros às decisões do Tribunal de Justiça e da Comissão, com o alcance que é dado, na doutrina processualista e na doutrina administrativa dos sistemas jurídicos romano-germânicos, aos conceitos, respetivamente, de caso julgado e de caso decidido ou resolvido. Daqui resulta que:

– Só a decisão propriamente dita constitui a **exceção do caso julgado**, não se estendendo este, em princípio mas com exceções, aos fundamentos em que ela se tenha baseado<sup>21</sup>;

---

<sup>21</sup> ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, **Zivilprozessrecht**, München, Beck, 2010, § 153, III; OTHMAR JAUERNIG, **Zivilprozessrecht**, München, Beck, 2011, § 63, I e II; LEBRE DE FREITAS – ISABEL ALEXANDRE, **CPC anotado**, Coimbra, Almedina, 2018/2019, nºs 2 e 3 da anotação ao art. 91 e nº 4 da anotação ao art. 581 (ps. 595-596). Na jurisprudência europeia, é de referir o ac. do Tribunal de Justiça de 15.11.12, proc. C-456/11, ECLI:EU:C:2012:719, em que se decidiu que o tribunal do Estado-Membro em que é invocado o reconhecimento de uma decisão transitada em julgado, pela qual o tribunal de outro Estado-Membro se declara incompetente com fundamento na existência dum pacto atributivo de jurisdição, está vinculado pela conclusão relativa à validade desse pacto, pois considerá-lo nulo equivaleria a pôr em causa a própria decisão de incompetência proferida, que daquela é indissociável.



– Sendo estes fundamentos essenciais para a determinação do sentido da decisão, formam bloco com esta, entrando, enquanto tais, na constituição do **caso julgado formal**<sup>22</sup>;

– Esta fusão entre fundamento e decisão implica que, diferentemente do que acontece na exceção do caso julgado, o **caso julgado prejudicial**, que a segunda decisão tem de acatar como seu fundamento, abranja o fundamento que haja constituído premissa lógica da primeira – nos mesmos termos em que a questão se poria, no âmbito duma só ação, se nesta fosse julgada a questão prejudicial;

– Estas regras estendem-se ao caso decidido ou resolvido do direito administrativo<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> CASTRO MENDES, **Limites objetivos do caso julgado**, Lisboa, Ática, 1968, ps. 152 a 160, em especial ps. 152 e 157; LEBRE DE FREITAS – ISABEL ALEXANDRE, **CPC anotado**, Coimbra, Almedina, 2018/2019, n.º 3 da anotação ao art. 91.

<sup>23</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, **Direito Administrativo geral**, Lisboa, Dom Quixote, 2007, III, ps. 85-86 e 98; DIOGO FREITAS DO AMARAL, **Curso de Direito Administrativo**, Coimbra, Almedina, 2012, II, n.º 98 (ps. 412 a 415). Não obstante o regime de revogabilidade do ato administrativo (arts. 165 a 173 do CPA), os seus efeitos como caso decidido ou resolvido são largamente equiparáveis aos do caso julgado, do que é, aliás, manifestação a escassa margem de revogabilidade dos **atos constitutivos de direitos** (art. 167 CPA, n.ºs 2 a 6), bem como daqueles que revistam **caráter sancionatório**, impondo nomeadamente coimas por violação de normas administrativas do Direito de Mera Ordenação Social, *maxime* quando a contraordenação é verificada e sancionada por uma autoridade reguladora independente. Sobre este poder sancionatório da Administração, ver DIOGO FREITAS DO AMARAL, **Curso cit.**, p. 286, e **O poder sancionatório da administração pública**, in **Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa**, Coimbra, Almedina, I, ps. 215 a 235, em especial n.ºs 4, 5, 11, 12 e 24.



Para que não haja equívoco, precisemos o conceito de **caso julgado prejudicial**, em face do de exceção do caso julgado. Esta surge quando a causa se repete, o que implica a identidade dos sujeitos, do pedido e da causa de pedir (art. 581-1 CPC), enquanto a prejudicialidade ocorre quando a questão resolvida na primeira decisão é apenas **um dos pressupostos** do pedido deduzido na segunda, entre ambas se tendo de verificar, em qualquer caso, a identidade de sujeitos<sup>24</sup>. Se, por exemplo, com base no mesmo contrato em que tenha sido convencionado o pagamento de uma quantia e a entrega de uma coisa a X, este pedir o pagamento numa primeira ação e a entrega numa segunda, a decisão tomada na primeira sobre a validade do contrato só excepcionalmente constituirá caso julgado na segunda; mas, se numa primeira ação for pedida a declaração da validade do contrato e na segunda o pagamento e/ou a entrega, a decisão da primeira sobre a validade acarreta a indiscutibilidade, na segunda, não só da decisão propriamente dita sobre a validade, mas também das que, nela, hajam sido previamente tomadas sobre os respetivos pressupostos de facto e de direito.

Sendo da competência exclusiva dos órgãos da União Europeia a verificação da **ilicitude** da atuação contra a concorrência no espaço europeu, a decisão da Comissão ou, havendo desta recurso, do Tribunal de Justiça é prejudicial da decisão que, com base na mesma violação, seja proferida por um tribunal nacional sobre a indemnização a prestar aos lesados por esse comportamento

---

<sup>24</sup> LEBRE DE FREITAS, **Um polvo chamado autoridade do caso julgado**, in **Novos estudos sobre direito civil e processo civil**, Coimbra, Gestlegal, 2021, ps. 629 e ss., nºs 1 e 2; ac. do STJ de 8.6.21 (MARIA JOÃO VAZ TOMÉ), proc. 5765/17.



anticoncorrencial: através dela, é verificada a ocorrência do ato ilícito e a sua **imputabilidade**, cabendo aos tribunais nacionais a verificação dos restantes pressupostos da obrigação de indemnizar, isto é, do **nexo de causalidade** e do **dano** dos lesados, apurado na ação individual quanto a cada um e na ação popular globalmente; assim sendo, a decisão europeia constitui, perante os tribunais nacionais, uma **decisão prejudicial** da decisão sobre a obrigação de indemnizar e o juízo emitido sobre os seus fundamentos é vinculativo no âmbito da causa que versa sobre o dever de indemnizar.

2. Segundo o art. 7-1 da LEI, a verificação da infração, por decisão definitiva da Autoridade da Concorrência portuguesa, constitui **presunção inilidível** da existência, natureza e âmbito material, subjetivo, temporal e territorial da mesma infração.

Esta figura não constitui, verdadeiramente, uma presunção e, consequentemente, uma norma de direito substantivo. A presunção ilidível situa-se no **plano dos factos**, constituindo uma figura de direito probatório (arts. 349 e 350 do CC). Por seu lado, a presunção inilidível (= ficção jurídica) constitui, rigorosamente, uma norma de direito material que modifica, ampliando-a, a previsão de outra norma<sup>25</sup> e a “presunção” **de direito** ilidível (ex.: art. 7 do Código do Registo Predial) – ou, sobretudo, a inilidível – está, ainda mais manifestamente, fora do campo da prova.

Ora presumir inilidivelmente a **natureza** da infração é dar-lhe uma qualificação jurídica coincidente com a que lhe foi dada pela

---

<sup>25</sup> LEBRE DE FREITAS, **A ação declarativa comum**, Coimbra, Gestlegal, 2017, nº 14 (34).



Autoridade da Concorrência, isto é, importar, sem possibilidade de discussão, uma **conclusão de puro direito**, e presumir inilidivelmente a **existência** da infração vai **além** dos seus factos constitutivos (sua delimitação material e subjetiva, bem como temporal e territorial), tendo o alcance de impor que se tenha por assente a conclusão deles retirada sobre a violação da norma anticoncorrencial, a qual constitui igualmente **conclusão de direito**.

Diferentemente das normas dos nºs 2 e 3 do mesmo art. 7, bem como das dos arts. 623 e 624 do CPC<sup>26</sup>, mas com semelhanças com a do art. 84 CPP, a norma do art. 7-1 da LEI tem, verdadeiramente, o alcance de constituir um **caso decidido** de direito administrativo, suscetível de funcionar como prejudicial. Trata-se, pois, duma **norma de direito processual** (e não de direito substantivo), à qual se aplica o art. 24-2 (e não o art. 24-1) da mesma lei. Em ações de indemnização instauradas no seguimento de decisões da Autoridade da Concorrência proferidas já na vigência da LEI, **ainda que relativas a infrações anteriores**, o seu art. 7-1 tem, pois, perfeita aplicação<sup>27</sup>.

Note-se que, na falta dessa norma, nem o art. 623 CPC, que confere à decisão penal condenatória, em posterior ação cível, o

---

<sup>26</sup> Sobre as quais: LEBRE DE FREITAS, **idem**, nº 19.2.

<sup>27</sup> Na pendência de recurso judicial com objeto limitado ao montante da coima aplicada e por isso não pondo em causa a existência e a caracterização da infração, a decisão da Autoridade da Concorrência torna-se **definitiva** nesta parte, em termos semelhantes aos que decorreriam do trânsito em julgado da decisão judicial que a mantivesse em eventual recurso. Diversamente, quando se interponha recurso da parte da decisão que declare verificada a infração e ele esteja ainda pendente à data da propositura da ação de indemnização, impõe-se que esta seja **suspensa**, preferivelmente após o despacho saneador.



valor de presunção ilidível da existência dos factos que integram os pressupostos da punição e os elementos, do tipo legal, se aplicaria, visto que está fora do seu âmbito de previsão o direito de mera ordenação social<sup>28</sup>.

**3.** Será, porém, que as mesmas decisões prejudiciais têm de ser aceites, com a força do caso resolvido ou decidido, em zona que exceda o **âmbito material e temporal** da infração, tal como esta haja sido verificada pela Comissão ou pelo Tribunal de Justiça, ou pela Autoridade da Concorrência portuguesa?

Pelas razões já explicitadas, a resposta é, em princípio, negativa: o caso julgado (e, com ele, o caso resolvido ou decidido) não se estende, **em regra**, enquanto exceção, a questões que sejam meros pressupostos da decisão.

Pressupondo que na mesma causa tenha sido cumulado o pedido de indemnização pela infração já verificada com o pedido de indemnização derivado da extensão material e temporal dessa infração, poder-se-ia, no campo da matéria de facto, contra-argumentar que não faria sentido que, no âmbito da mesma causa, se pudesse admitir que alguma dessa matéria se tenha de ter como assente para um efeito e como não assente para outro; mas basta considerar que, em caso de litisconsórcio voluntário ou de

---

<sup>28</sup> Ver o bem fundamentado ac. do TRL de 16.6.15 (MARIA DO ROSÁRIO MORGADO), proc. 127/10.



coligação<sup>29</sup>, pode o facto confessado ou admitido (por falta de impugnação) por um dos réus litisconsorciados ou coligados vir a ser dado como não provado em face de **outro dos réus**, que não confesse e impugne (art. 353-2 CC e art. 574-2 CPC), para ver que essa dualidade cumulativa (prova/não prova do mesmo facto) não é avessa ao nosso sistema jurídico. Semelhantemente, no plano do direito, pense-se que, **fora do âmbito da prejudicialidade**, a fundamentação da parte da decisão de que não se recorra, e que por isso transita em julgado (art. 628 CPC), **pode** ser contrariada pelo tribunal *ad quem* enquanto fundamento da parte da decisão que seja objeto de recurso<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> A dualidade litisconsórcio/coligação é característica própria do direito português. Em outros sistemas jurídicos, a nossa coligação integra a figura do litisconsórcio voluntário. O argumento que se segue apela a normas do direito processual nacional, sendo perante este que há que proceder à identificação do caso julgado ou decidido/resolvido – na base, quando haja decisão do TJUE, das prévias qualificações do direito europeu. De qualquer modo, as nossas soluções nesta matéria não diferem substancialmente das dos demais sistemas jurídicos da União Europeia.

<sup>30</sup> Também no âmbito do recurso interposto por uma parte voluntariamente litisconsorciada ou coligada, sem adesão das partes, o mesmo tipo de dissociação pode verificar-se (art. 634 CPC, nºs 1 e 2). Para que dúvidas não se levantem perante o alcance do que afirmo no texto: tal como a pretensão ou o pedido deduzido em juízo, toda a decisão processual tem um elemento de direito material e um elemento de direito processual, sendo o primeiro aquele que fundamentalmente interessa ao conceito de repetição da causa para o efeito do caso julgado (LEBRE DE FREITAS, **Introdução ao processo civil**, Coimbra, Gestlegal, 2017, n.º 1.4.6, e LEBRE DE FREITAS – ISABEL ALEXANDRE, **CPC anotado**, cit., n.º 4 da





Quanto ao direito europeu, veja-se a já citada decisão de 3.9.09 do Tribunal de Justiça, em que esteve em causa o art. 2909 do CC italiano na sua aplicação a uma decisão (interna) sobre a utilização por uma associação, a título de comodato, dos equipamentos do complexo desportivo duma sociedade falida, com a pretensa finalidade de evitar o pagamento de imposto. Apesar de, em sede de direito fiscal, a jurisprudência italiana recusar a fragmentação do caso julgado por via da aplicação dos fundamentos da decisão exclusivamente ao ano fiscal objeto do processo, o Tribunal de Justiça, não se limitando a fazer valer a supremacia do direito europeu, afirmou *obiter dictum* que a extensão do caso julgado aos fundamentos da decisão teria como consequência a repetição, nas causas ulteriores, das más razões que fossem invocadas na primeira decisão. Ver também, com exigência da tripla identidade (sujeito, pedido e causa de pedir), o ac. da 4ª secção do Tribunal de Justiça de 2.7.16, proc. C-226/15P, ECLI:EU:C:2016:582.

Contraria, porém, a jurisprudência do Tribunal de Justiça decidir diferentemente a mesma questão de direito sobre a qual ele se haja pronunciado, em processo posterior em que sejam **verificados factos idênticos**, ocorridos em período subsequente ao abrangido pela primeira decisão, quando esta tenha confirmado decisão da Comissão impugnada ao abrigo do art. 263 TFUE: não se justificaria, a menos que a configuração **diversa** de algum facto suscitasse dúvidas sobre o direito aplicável, que o Tribunal de Justiça voltasse a

---

anotação ao art. 581, na p. 597); conseqüentemente, num caso em que esteja em causa uma decisão sobre a concorrência, a declaração da verificação da **infração** (elemento substantivo) em que se baseia a **coima** aplicada (elemento processual) constitui o núcleo essencial do objeto do caso julgado.



ser ouvido sobre a mesma questão, pelo que o que o tribunal nacional tem, neste caso, de fazer é aplicar a orientação anteriormente definida<sup>31</sup>. Diferentemente quando não haja recurso da decisão da Comissão.

## 5. Conclusões

1. As associações de defesa dos consumidores, genéricas ou específicas e constituindo ou não associações de consumidores, têm legitimidade ativa para as ações populares contra práticas anticoncorrenciais, em conformidade com os arts. 52-3-a e 60 da CRP, 2-1 e 3 da LAP, 13-b LDC e 19, n<sup>os</sup> 1 e 2, da Lei.
2. Não é para tanto necessário que a associação preencha as exigências do art. 17, n<sup>os</sup> 2 e 3, da LDC para a generalidade das atuações das associações de consumidores, as quais não constituem seus requisitos constitutivos nem se compaginam com a atribuição do direito de ação popular a qualquer cidadão

---

<sup>31</sup> Veja-se o ac. do Tribunal de Justiça de 1.6.06, proc. C-442/03P e C-471/03P, ECLI:EU:C:2006:356. Decisão anterior tinha julgado que determinado auxílio financeiro concedido pelo Governo espanhol a uma empresa constituía auxílio do Estado na aceção do art. 92 do Tratado CE (que passou, após alteração, a art. 87 CE), não preenchendo os requisitos necessários para ser declarado compatível com o mercado comum. Posteriormente, novo auxílio foi concedido nas mesmas condições. O Tribunal de Justiça entendeu que não tinha de se pronunciar sobre a natureza do auxílio concedido e a sua conformidade com o direito europeu, sobre o que se constituía já caso julgado. A transposição desta orientação para o campo da infração anticoncorrencial que permaneça ou se repita não é duvidosa.



isolado, ainda que não afetado pela violação em causa.

3. Quer se considere que a omissão da LAP na atribuição ao autor da ação popular do direito de pedir indemnização é suprida pela aplicação direta do art. 52-3 CRP, quer se considere que, à luz do art. 22 LAP, só oficiosamente pode a indemnização ser fixada, é indiscutível que, no âmbito da previsão do art. 19 da Lei, tal como aliás já no âmbito da LDC, as associações de defesa dos consumidores têm legitimidade para a pedir.
4. O montante da indemnização pode, à luz da LEI, ser fixado de duas maneiras: para os lesados que estejam individualmente identificados, segundo os critérios definidos pela sentença condenatória, é apurado nos termos gerais da responsabilidade civil, mediante a verificação, caso a caso, dos respetivos pressupostos, o que implica determinar, de acordo com a teoria da diferença, a extensão do dano e o nexo de causalidade entre ele e a violação do interesse em causa, sem prejuízo da norma subsidiária do art. 566-3 CC; para os lesados não identificados, é fixado um montante global, tendo em conta os elementos que seja possível apurar relativamente ao seu número previsível e ao dano produzido e aplicando, sempre que necessário, o princípio da equidade (art. 566-3 CC); para uns e outros, os princípios da efetividade e da equivalência podem levar a que a indemnização seja distribuída em parcelas iguais para cada lesado em geral ou para cada lesado de determinada categoria.
5. No âmbito da Lei, cabe ao juiz, na sentença que seja de condenação, fixar um prazo razoável, logicamente inferior a três anos, após o qual a importância correspondente ao total das custas, encargos, honorários e demais despesas que o autor



tenha feito em consequência da ação pode, se as quantias até então reclamadas pelos lesados não cobrirem a totalidade da indenização global fixada, ser entregue ao autor, a título provisório e contra a prestação de caução idónea que garanta o seu eventual reembolso na medida que venha a revelar-se necessária para cobrir as reclamações posteriores que sejam feitas até ao termo dos três anos de prescrição do art. 22-4 LAP.

6. A entrega da quantia remanescente ao Ministério da Justiça é feita após o apuramento e o pagamento das indenizações individuais reclamadas e a dedução definitiva do montante relativo às referidas despesas.
7. É indiferente, para estes efeitos, que as despesas com o processo tenham sido efetuadas pelo autor ou por terceiro que o financie.
8. Sendo válido entre as partes o acordo de financiamento que satisfaça um interesse digno de proteção legal (art. 398-2 CC), é eficaz perante o processo da ação popular o direito ao reembolso das quantias que o financiador haja despendido, sendo igualmente aceitável a incidência, sobre elas, duma taxa de juro determinada dentro do limite dos juros legais (art. 559-1 CC) e podendo razoavelmente equivaler à taxa de juro das obrigações com garantia real, e um lucro, compensador dos riscos de não reembolso no caso de perda da ação, de levantamento de toda a indenização pelos lesados ou até de negação da sua própria cobertura, a fim de, com margem de segurança, assegurar ao financiador uma situação global de neutralidade financeira.
9. O caso julgado do TJUE ou o caso decidido ou resolvido da



Comissão Europeia, que verifique práticas anticoncorrenciais que constituam violação dos arts. 101 e 102 do TFUE, é prejudicial relativamente à ação popular de indemnização proposta ao abrigo do art. 19 da Lei, nesta se tendo por assente a ilicitude das práticas em causa e havendo apenas que verificar a ocorrência dos restantes pressupostos do dever de indemnizar, relativamente ao período de tempo abrangido pela decisão europeia.

- 10.** Este caso julgado estende-se, dentro dos mesmos limites materiais e temporais, aos fundamentos, de facto e de direito, da decisão, que o tribunal português tem igualmente de aceitar como decididos/ resolvidos ou julgados.
- 11.** Fora destes limites, isto é, relativamente a outras violações-tipo, mas com a ressalva indicada em 14, os fundamentos, de facto e de direito, da decisão europeia não se impõem como indiscutíveis, ainda que o mesmo processo interno abarque, lado a lado, a matéria considerada e outra para além dessa.
- 12.** O que se diz nas conclusões 9 a 11 é aplicável à decisão da Autoridade de Concorrência interna, ou à decisão sobre ela proferida em recurso judicial, que, por força do art. 7-1 da Lei, constitui, respetivamente, caso decidido ou resolvido e caso julgado, outra coisa não significando a “presunção inilidível” que a lei refere.
- 13.** À luz do art. 24-2 da Lei, o art. 7-1 da Lei aplica-se às decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência depois da sua entrada em vigor, ainda que verifiquem contraordenações anteriores, uma vez que esse artigo contém uma norma de direito processual, relativa à projeção do efeito de caso



resolvido por essas decisões nas ações de indenização posteriores a ela ligadas por um nexo de prejudicialidade.

- 14.** O caso julgado formado pela decisão do Tribunal de Justiça confirmatória da decisão da Comissão que verifique uma infração anticoncorrencial é invocável perante a verificação da continuação da mesma infração ou da sua repetição em condições idênticas, fora do período temporal coberto por essa decisão.

José Lebre de Freitas