

A OPERACIONALIDADE DO *PRIVATE ENFORCEMENT* DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA – DISSUASÃO, AÇÕES COLETIVAS E *THIRD-PARTY LITIGATION FUNDING*

*Nuno Alexandre Pires Salpico**

ABSTRACT *The context and construction of private enforcement of competition law has grown with the transposition of the Damages Directive (2014/104/EU of November 26, 2014). Even so, such evolution will be useless if not followed by procedural forms capable of putting Law into practice. To this end, through an economic and legal analysis, we discuss the context of the practical impossibility of exercising private enforcement of competition law and the admissibility and feasibility of so-called collective actions and third-party litigation funding. Finally, we must also reinforce the premises that guide this area of competition law.*

SUMÁRIO 1. Enquadramento: public enforcement e private enforcement 2. Efeito dissuasor e preventivo no law enforcement e na responsabilidade civil 3. O enforcement do private enforcement 3.1. O contexto de impossibilidade e dificuldade do exercício do private enforcement 3.2. A solução processual: collective actions e third-party litigation funding 3.3. A efetividade do Direito na metodologia jurídica? 4. A prova – comentários 5. Conclusão

KEY-WORDS Private enforcement of competition law; Collective actions; Law enforcement; Deterrence; Economic analysis of litigation; Legal methodology.

* Licenciado em Direito e assistente convidado em Ciências Jurídico-económicas pela Faculdade de Direito de Lisboa da Universidade de Lisboa. Mestrando em Direito e Ciência Jurídica na especialidade de Direito Civil.

1. ENQUADRAMENTO: PUBLIC ENFORCEMENT E PRIVATE ENFORCEMENT

O Direito da Concorrência visa a manutenção da integridade do processo concorrencial pelas vantagens que lhe são inerentes, nomeadamente, os incentivos dos operadores económicos à inovação, qualidade e eficiência produtiva. Os mesmos incentivos permitem atingir maior eficiência na afetação de recursos, aumentando o bem-estar dos consumidores, expresso pelos preços mais baixos e pela maior possibilidade de escolha e satisfação de utilidades por parte destes.

O Direito da Concorrência da União Europeia tem-se expandido, sobretudo a respeito das disposições dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, vinculando diretamente não só os Estados, mas também os particulares¹. O crescimento do Direito da Concorrência não dispensou, porém, a necessidade de reforço das normas, colocando a tónica no estudo do *public enforcement* e *private enforcement*.

Classicamente o centro do Direito da Concorrência subsumia-se ao *public enforcement*. Em oposição, a viragem no séc. XXI trouxe um maior debate sobre os limites do Direito da Concorrência, tendo surgido na literatura e na jurisprudência comunitária o chamado *private enforcement*, impulsionado com particular intensidade nos famosos casos C-295/04 – *Manfredi* e C-453/99, *Courage and Crehan*, em sede de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais. Na atualidade, é inegável que o Direito da Concorrência se vê composto por ambas vertentes de *public* e *private enforcement*^{2,3}. Com efeito, rapidamente se notou que as proibições de comportamentos

1 O chamado efeito direto, C-453/99, *Courage and Crehan*, EU:C:2001:465, p. 24-25; C-295/04 – *Manfredi*, EU:C:2006:461, p. 60-61; C-199/11, *Otis e o.*, EU:C:2012:684, p. 41, 43; C-536/11, *Donau Chemie AG*, EU:C:2013:366, para 21; C-637/17, *Cogeco Communications*, EU:C:2019:263, p. 37 e 38; Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado. O efeito direto já tinha sido consagrado a propósito do direito à indemnização por violação de normas comunitárias pelo Estado no C-479/93, *Francovich*, EU:C:1995:372, p. 32, 33 e 34], “*Deve concluir-se que a plena eficácia das normas comunitárias seria posta em causa e a protecção dos direitos que as mesmas reconhecem estaria enfraquecida se os particulares não tivessem a possibilidade de obter reparação quando os seus direitos são lesados por uma violação do direito comunitário imputável ao Estado-membro*” (*Ibid*, p. 33), e em geral, C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*, EU:C:1978:49, p. 23 e 24; C-213/89, *Factortame*, EU:C:1990:257, p. 18.

2 Sobre as vantagens e desvantagens (e a sua relação) do *public* e *private enforcement* vide Hüscherlath & Peyer, 2013: 586-614; Wils, 2009: 5-7, 8, 12, 15 e ss.; Bergh, 2013: 13-17; Wagner, 2007: 117 e ss..

3 Desafiando as dificuldades de distinção entre *public enforcement* e *private enforcement* no Direito português, principalmente a propósito dos meios processuais administrativos, Sérvulo Correia, 2008: 1752 e ss..

anticoncorrenciais (artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, doravante TFUE) e as normas nacionais correspondentes (em Portugal, os artigos 9.º e 10.º do Regime Jurídico da Concorrência) poderiam ser invocadas por particulares na tutela dos seus interesses e não só no domínio da prossecução do interesse público.

O *private enforcement* do Direito da Concorrência traduz um conceito amplo e rico⁴, consistindo, essencialmente na invocação de normas de Concorrência em tutela dos particulares, nomeadamente aqueles que sofram com cláusulas contratuais inadmissíveis para as referidas normas. Porém, o seu enfoque está direcionado à reclamação de indemnização de danos cometidos em consequência da violação do Direito da Concorrência, ou seja, é o sistema de responsabilidade civil resultante de infrações concorrenciais. Para este efeito recorda-se a famosa frase proferida no caso C-295/04 – *Manfredi*: “qualquer pessoa tem o direito de pedir a reparação do dano sofrido quando existe um nexo de causalidade entre o referido dano e um acordo ou uma prática proibida pelo artigo [101.º TFUE]”⁵. Neste contexto, existem três modalidades de tutela: as ações *follow-on*, as ações *stand-alone* e ações mistas. Nas primeiras, o lesado invoca a reparação de danos resultantes de uma conduta identificada no processo de *public enforcement* encabeçado pela Comissão Europeia ou pela Autoridade da Concorrência, consoante a infração constitua uma violação do Direito da União Europeia ou do Direito nacional, respetivamente. Nas ações *stand-alone*, o lesado exige uma indemnização causada por uma infração que ainda não foi declarada no âmbito do processo de *public enforcement*. Por último, as ações mistas abrangem elementos de ambas, *v.g.*, o lesado invoca uma infração com uma duração maior da declarada pelo *public enforcement*.

O *private enforcement*, embora seja uma área em crescimento e a sua tutela seja já consensual, não escapa a determinados problemas de efetividade. Na

4 “O *private enforcement* da concorrência abrange todas as circunstâncias em que uma pessoa, seja qual for a sua natureza (incluindo pessoas de direito público e de direito privado), promove uma ação perante uma autoridade judicial, ou entidade análoga com poderes vinculativos sobre as partes (e.g., arbitragem ou mediação), na qual invoca normas europeias e/ou nacionais de concorrência em prol dos seus direitos ou interesses, ou de direitos ou interesses coletivos ou difusos, sem que esteja diretamente em causa a aplicação de contraordenações ou de medidas ao abrigo da Lei da Concorrência ou do direito europeu da concorrência, ou em que se promove, através das mesmas entidades, passos para preparar ou dar sequência a tais ações”, cfr. Sousa Ferro, 2016: 4. Sobre as definições comuns, *vide* Wils, 2017: 3 e ss.; Sérvulo Correia, 2008: 1773-1774.

5 C-295/04 – *Manfredi*, EU:C:2006:461, p. 61; C-199/11, *Otis e o.*, EU:C:2012:684, p. 43; C-536/11, *Donau Chemie AG*, EU:C:2013:366, para 21; C-637/17, *Cogeco Communications*, EU:C:2019:263, p. 41.

expressão de Gerhard Wagner, o *private enforcement* é um fruto difícil de colher, nomeadamente em três áreas: 1) a prova das infrações; 2) o cálculo e prova de danos; 3) os mecanismos processuais de tutela⁶. Existe ainda um problema de harmonização e de concretização das regras juridicamente aplicáveis, mas que vai sendo crescentemente ultrapassado, através da jurisprudência, mas essencialmente através da transposição da Diretiva 2014/104/UE⁷ do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.

Por fim, resta referir que em consequência da falta de harmonização e concretização das regras jurídicas aplicáveis ao *private enforcement* no âmbito do Direito da União Europeia estabeleceu-se o chamado princípio da efetividade. O princípio da efetividade⁸ vem consagrado no artigo 23.º n.º 2 da Lei portuguesa do Private Enforcement (de ora em diante, LPE), que transpõe a Diretiva 2014/104/UE⁹: “*A aplicação das regras substantivas e processuais relativas a ações de indemnização por danos resultantes de infrações ao direito da concorrência não podem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à indemnização*”. Note-se que o princípio da efetividade no âmbito do exercício do direito à indemnização se encontra em vigência e vincula os Tribunais, mesmo previamente às leis de transposição e à Diretiva 2014/104/UE, uma vez que este princípio foi antes

6 Wagner, 2007: 121.

7 Vide o recente Documento de Trabalho da Comissão Europeia, sobre a aplicação da Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização por incumprimento das disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia ao abrigo da legislação nacional, acessível em https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/report_on_damages_directive_implementation.pdf.

8 O princípio da efetividade “subjativa” significa que “os Estados-Membros devem proporcionar a infraestruturas normativa (procedimental, processual e substantiva) suficiente para que as situações subjetivas criadas à sombra das normas comunitárias recebam a tutela adequada”, Cfr. Sérvulo Correia, 2008: 1782-1783.

9 O princípio da efetividade vem previsto no artigo 4.º da Diretiva 2014/104/UE: “*Em conformidade com o princípio da efetividade, os Estados-Membros asseguram que todas as regras e os processos nacionais respeitantes à apresentação dos pedidos de indemnização sejam concebidos e aplicados de modo a não tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito, garantido pelo direito da União, à reparação integral dos danos causados por infração ao direito da concorrência. Em conformidade com o princípio da equivalência, as regras e os processos nacionais relativos a ações de indemnização resultantes de infrações aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE não podem ser menos favoráveis para as partes alegadamente lesadas do que aqueles que regem ações de indemnização análogas resultantes de infrações ao direito nacional*”.

consagrado pela jurisprudência da União Europeia¹⁰. Tanto é assim que no C-637/17, *Cogeco Communications*, o TJUE declarou que as regras nacionais de prescrição em vigor antes da transposição da Diretiva 2014/104/UE violavam o princípio da efetividade¹¹. Veja-se, também, formulações do princípio da efetividade prévias à referida Diretiva: no C-453/99, *Courage and Crehan*: “Contudo, na ausência de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do direito comunitário, desde que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as das acções análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade) (v. acórdão de 10 de Julho de 1997, *Palmisani*, C-261/95, *Colect.*, p. I-4025, n.º 27)”¹². Também no C-360/09, *Pfleiderer AG*: “é necessário zelar por que as regras nacionais aplicáveis não sejam menos favoráveis do que as referentes às reclamações análogas de natureza interna e não sejam sistematizadas de modo a tornar impossível na prática ou excessivamente difícil a obtenção de tal reparação”¹³.

2. EFEITO DISSUASOR OU PREVENTIVO NO LAW ENFORCEMENT E NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Tanto o *public* como o *private enforcement* contam com um sistema de prevenção e de reforço, procurando provocar um efeito dissuasor sobre as condutas

10 Estabelecendo manifestações deste princípio: C-479/93, *Francovich*, EU:C:1995:372, p. 32, 33 e 34; C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*, EU:C:1978:49, p. 23 e 24; C-213/89, *Factortame*, EU:C:1990:257, p. 18. Já o estabelecendo diretamente, mas em relação à responsabilidade de um Estado-Membro por violação do Direito Comunitário, o C-261/95, *Palmisani/INPS*, EU:C:1997:351, p. 27.

11 C-637/17, *Cogeco Communications*, EU:C:2019:263, p. 30-34 e 38-55.

12 C-453/99, *Courage and Crehan*, EU:C:2001:465, p. 29 e 31.

13 C-360/09, *Pfleiderer AG*, EU:C:2011:389, p. 30, retomado nos C-536/11, *Donau Chemie AG*, EU:C:2013:366, p. 25; C-557/12, *Kone AG*, EU:C:2014:1317, p. 24 e 25; C-637/17, *Cogeco Communications*, EU:C:2019:263, p. 42, 43, 44, 47 e 55.

anticoncorrenciais, tornando-as custosas para o infrator^{14,15,16}. Na verdade, a prática de condutas ilícitas continuará a verificar-se desde que se sustenha vantajosa para os agentes¹⁷, portanto, o melhor modo de prevenção consiste na diminuição dos incentivos, particularmente através do aumento dos seus custos, de modo a suprimir a pretensa vantagem do ilícito. Num raciocínio económico simplificado, a avaliação empresarial é influenciada pelo aumento do valor da sanção por práticas ilícitas: por exemplo, se o prejuízo sofrido pela sanção da conduta anticoncorrencial for de 5 milhões de euros e a probabilidade de condenação for de 50%, na lógica do cálculo do *expected cost* ($5 \times 0.5 = 2.5$, sendo o custo de esperado de 2.5 milhões de euros) continua a compensar manter a atuação ilícita, desde que a mesma ofereça ganhos superiores a 2.5 milhões de euros. Ora, com a multiplicação dos custos, através da soma entre as sanções do *public enforcement* e *private enforcement* o ganho esperado pela prática de condutas ilícitas diminui exponencialmente. Vejamos um exemplo:

Se a sanção (do *public enforcement*) de uma conduta anticoncorrencial (F) é estabelecida no valor de 5 milhões de euros, e a probabilidade de condenação no valor de 50% (a), o custo esperado daquela conduta é de 2.5 milhões de euros ($F \times a$ ou 5×0.5), portanto compensa manter a prática da conduta ilícita desde que os seus ganhos (G) sejam superiores a 2.5 milhões de euros. Se à sanção pública de 5 milhões de euros (F) for adicionada outra (*máxime* a indemnização por reparação de danos, F_p), no valor de 3 milhões de euros, e assumindo que a probabilidade de condenação é a mesma (50%), o agente terá de calcular o custo de esperado de ambas as sanções ($F \times a$) + ($F_p \times a$) ou ($5 \times 0.5 = 2.5$) + ($3 \times 0.5 = 1.5$), que será de 4 milhões de euros (2.5 + 1.5). Deste modo, com a soma das sanções, apenas recompensa ao agente a prática de uma conduta cujos ganhos

14 “The basic objective of a remedial system is to deter people from violating the law. Another objective is to compensate the victims of the violators (...) The law deters unlawful activity by making it costly to engage in” cfr. Posner, 2001: 266; Wagner, 2007: 115, 117, 121; Wils, 2017: 7-8; Wils, 2006: pp. 6 e ss..

15 O aumento probabilidade da condenação e do nível da sanção diminuem a utilidade esperada pela prática do comportamento ilícito, cfr. Becker, 1968: 177, 180 e ss.; Polinsky & Shavell, 1999: 5 e ss.; Hüschelrath & Peyer, 2013: 593 e ss..

16 Sobre os pressupostos de sanção no *public enforcement* do Direito da Concorrência Europeu, Frese, 2011: 399 e ss..

17 “when some people wish to behave in a certain way very much, as measured by the amount they gain from it or would be willing to pay rather than forgo it, they will pursue that wish until becomes too expensive for their purse and taste”, cfr. Becker & Stigler, 1974: 2. Sobre as condições necessárias para os agentes cometerem a ilicitude “The first condition is that they need an opportunity to commit a violation. Secondly, they need to be willing to commit a violation” Wils, 2006: 6.

(G) sejam superiores a 4 milhões (ao invés dos anteriores 2.5 milhões), atuando o agente sobre a seguinte fórmula:

$$G - [(F \times a) + (F_p \times a)] > 0$$

A cumulação das sanções do *public* e *private enforcement* não tem apenas um efeito de soma. Pode suceder que no *public enforcement* a prática seja sancionada e no *private enforcement* não se verifique qualquer condenação; ou que no *private enforcement* ocorra uma condenação de indemnização sem que a conduta tenha sido identificada e sancionada no *public enforcement*. Quer isto dizer que, pela possibilidade de o agente infrator poder ser sancionado por ambas as vias, aumenta o risco de lhe ser aplicada pelo menos uma sanção, e diminui o risco de não lhe ser aplicada nenhuma. Por outro lado, e em consequência, o *private enforcement* apresenta uma mais valia na descoberta e esclarecimento probatório e jurídico de condutas anticoncorrenciais, aumentando, assim, a probabilidade global de condenação (aG) – face à probabilidade de condenação isolada do *public enforcement* (aF), ou mesmo a probabilidade de condenação isolada do *private enforcement* (aFp) – elevando o custo esperado da conduta, o que exprime, em todo o caso, uma maximização do efeito preventivo:

$$aG > aF [(F \times a) + (F_p \times a)]$$

Ou melhor: $aG = [(aF + aFp - aFp) / 2] + aF^{18}$

18 Facilitando a compreensão com um exemplo: hipoteticamente, assumo-se que um agente (A) pretende atingir outro (B) com uma arma de fogo, cuja probabilidade de sucesso de cada disparo de bala isolado corresponde a 50%. Se o agente A disparar dois tiros, a probabilidade de atingir B é superior a 50%.

Logo, voltando ao nosso exemplo, ao invés do agente considerar isoladamente os custos e ganhos de uma conduta que pode ser sancionada pelo *public enforcement*, o agente passará a ter de considerar a probabilidade global de condenação da sanção da conduta (aG), sendo que esta passará a 75%. Assumindo que a probabilidade (isolada) de condenação em ambas sanções de *public* e *private enforcement* é de 50%; que a soma das probabilidades é de 100% (50% + 50% = 100%); a diferença entre a probabilidade total de condenação (soma das probabilidades do *public* e *private enforcement*, 100%) e a probabilidade resultante do *private enforcement* é de 50% (100% - 50% = 50%). Dividindo o valor desta diferença (50%) pelo número de sanções (2, o *public* e *private enforcement*), a probabilidade adicional resultante da segunda sanção do *private enforcement* é de 25% (50/2). Somando a probabilidade adicional de sanção do *private enforcement* (25%) com a probabilidade da sanção do *public enforcement* (50%), a probabilidade total de se verificar, pelo menos, uma sanção é de 75% (50% + 25%). Reproduzindo: $75 = [(50 + 50 - 50) / 2] + 50$.

Tal efeito preventivo não deve provocar estranheza dado que a responsabilidade civil tem, em geral, funções preventivas¹⁹, ainda que limitadas à função de reparação, no sentido em que a indemnização não pode exceder o dano. A prevenção expressa o desejo do legislador de não ocorrerem violações futuras de direitos e interesses protegidos pela Ordem Jurídica. Assim, se a responsabilidade civil é o mecanismo de Direito Privado de primeira linha de defesa dos direitos subjetivos privados não se podem negar as suas funções de reforço²⁰. Ora, no quadro do *private enforcement* do Direito da Concorrência, esta função de prevenção é consensual na doutrina e na jurisprudência:

“A plena eficácia do artigo [101.º TFUE] e, em particular, o efeito útil da proibição enunciada no seu n.º 1 seriam postos em causa se não fosse possível a qualquer pessoa pedir a reparação do prejuízo que lhe houvesse sido causado por um contrato ou um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência”²¹;

“Com efeito, um direito deste tipo reforça o carácter operacional das regras comunitárias da concorrência e é de natureza a desencorajar acordos ou práticas, frequentemente disfarçados, capazes de restringir ou falsear o jogo da concorrência. Nesta perspectiva, as acções de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são susceptíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efectiva na Comunidade”²².

19 Para a função preventiva na reparação de danos vide De Cupis, 1975: 572-575; Vieira Gomes, 1989: 111-114; Pires Salpico, 2020b: 343-347.

Realçando os aspetos do regime que denotam um pendor preventivo e punitivo, tais como: a redução equitativa da indemnização em caso de negligência (artigo 494.º do Código Civil); pela exclusão ou redução da indemnização em caso de culpa do lesado (artigo 570.º do Código Civil); e a normal irrelevância da causa virtual na responsabilidade civil, cfr. Lourenço, 2006: 251-267; Mota Pinto, 2008: 720-721; Varela, 1994: 550-551.

20 *“Ora a sanção das violações de direitos ou de bens jurídicos através de um dever de indemnização constitui uma espécie, e, porventura a mais eficaz de todas, da proteção dos bens jurídicos”*, cfr. Monteiro, 1989: 304. Defendendo a função primordial de tutela a propósito dos direitos de personalidade, cfr. Pires Salpico, 2020b: 343 e ss..

21 C-295/04 – *Manfredi*, EU:C:2006:461, p. 60; C-453/99, *Courage and Crehan*, EU:C:2001:465, p. 26; C-199/11, *Otis e o.*, EU:C:2012:684, p. 41; C-557/12, *Kone AG*, EU:C:2014:1317, p. 24, 32, 33 e 36; C-637/17, *Cogeco Communications*, EU:C:2019:263, p. 39.

22 C-453/99, *Courage and Crehan*, EU:C:2001:465, p. 27; C-360/09, *Pfleiderer AG*, EU:C:2011:389, p. 29; C-199/11, *Otis e o.*, EU:C:2012:684, 42; C-536/11, *Donau Chemie AG*, EU:C:2013:366, p. 23; C-557/12, *Kone AG*, EU:C:2014:1317, p. 23; C-637/17, *Cogeco Communications*, EU:C:2019:263, p. 41.

A vertente reparadora dos danos sofridos pelos lesados em consequência da violação do Direito da Concorrência, ausente no *public enforcement*²³, é preenchida pelo *private enforcement*. Esta função reparadora de danos testemunha uma maior importância atualmente: a globalização e digitalização dos mercados contribuem para uma maior propagação do raio geográfico e material de consumidores afetados pela mesma conduta anticoncorrencial²⁴. Em resultado, se a mesma conduta de um agente económico atinge maiores repercussões e assume uma superior capacidade de penetração dos mercados, os efeitos danosos são multiplicados pelo conjunto de consumidores adicionalmente atingidos neste contexto.

Do ponto de vista preventivo, o *private enforcement* serve como um *plus* para o efeito dissuasor. Em síntese, a indemnização constitui um aumento dos custos para os infratores e, neste caso, os custos que os infratores terão de suportar correspondem, eventualmente, aos exatos danos por si provocados. Deste modo, os infratores do Direito da Concorrência internalizam as externalidades que provocaram nos seus concorrentes e consumidores através da conduta anticoncorrencial e, por conseguinte, obtêm maiores incentivos para evitar a verificação das referidas externalidades. Por outras palavras, uma vez que o infrator passa a estar obrigado à reparação de danos por si causados através de uma prática anticoncorrencial, passará a sofrer as consequências da sua conduta sobre outrem²⁵ (a *internalização de externalidades*). Logo, ao sofrer estas consequências, ganha incentivos para procurar evitar a adoção de práticas causadoras de danos. E mesmo que o agente decida manter as práticas ilícitas, devido à internalização de externalidades, irá privilegiar ou preferir aquelas que causem danos em menor quantidade.

23 *Public enforcement normally does not imply private recovery: no recovery accrues to the victim from the criminal or administrative sanction imposed on the person committing the mischief*, cfr. vide Nagy, 2019: 13; Wagner, 2007: 121.

24 Um exemplo consiste nos mercados de meios de pagamento através das plataformas de cartões bancários, que se expandiram em larga medida neste contexto. Uma conduta anticoncorrencial adotada por parte destas plataformas é apta a causar sobrepreços em vários agentes participantes em vários mercados como o mercado de emissão de cartões (entre bancos emitentes e *cardholders*) e o mercado de aceitação de cartões (entre bancos adquirentes e comerciantes), cujos efeitos acabam sempre repercutidos no mercado do retalho com o consumidor final. O próprio modo de funcionamento das plataformas contribui para uma maior concentração de mercado e, por conseguinte, para uma maior integração das cadeias de pagamentos entre Estados. Para este problema, em geral, vide Pires Salpico 2020a: 37-73.

25 Sem as regras de responsabilidade civil, em princípio, as consequências da conduta do agente que não atingem o próprio, são, para o mesmo, irrelevantes – ou, pelo menos, não são suficientemente relevantes para este considerar alterar a sua conduta.

Outra vantagem do *private enforcement* reside no objeto de tutela. O *private enforcement* consagra aos lesados um direito à reparação dos danos por estes sofridos. Como está em causa a defesa de interesses próprios^{26, 27}, embora podendo estar representados coletivamente (*v.g.* por associações de consumidores), os lesados dispõem de maiores incentivos na prossecução e maximização desta tutela; e não se esqueça que o progresso desta tutela reparadora promove o interesse público²⁸ ao reforçar e esclarecer²⁹ as normas do Direito da Concorrência e ao fornecer incentivos para o seu cumprimento. Ainda assim, os incentivos para prosseguir com a reclamação de danos poderão sofrer atenuações nas relações verticais, ou noutros casos em que os agentes do mercado partilham relações contratuais, pois os agentes podem temer de retaliações, perda de oportunidades de negócio e o eventual deterioramento da relação comercial³⁰. O incentivo privado de procura pela compensação de danos é acompanhado de um incentivo para a deteção das condutas anticoncorrenciais³¹. Por conseguinte, por todas as razões anteriormente elencadas, o *private enforcement* contribui para um maior grau de descoberta destas condutas.

Em oposição, questiona-se se o *private enforcement* acarreta consigo problemas de litigância excessiva e abusiva, bem como um efeito excessivo de

26 Aproveitando as premissas básicas da Análise Económica do Direito, segundo as quais o ser humano que atua racionalmente (dentro e fora do mercado) com base em interesses próprios, na procura da maximização dos seus fins e necessidades, *cfr.* Posner, 1983: 1-3; Posner, 1986: 3-4; Araújo, 2013: 28 e ss..

27 Respondendo à crítica sobre a prossecução de interesses próprios: “*What is wrong with self-interest?*” Wagner, 2007: 119; “*Private individuals tend to be motivated (quite reasonably) by narrow private interests*”, *cfr.* Dunne, 2014: 153.

28 C-453/99, *Courage and Crehan*, EU:C:2001:465, p. 27; C-360/09, *Pfleiderer AG*, EU:C:2011:389, p. 29; C-199/11, *Otis e o.*, EU:C:2012:684, 42; C-536/11, *Donau Chemie AG*, EU:C:2013:366, p. 23; C-557/12, *Kone AG*, EU:C:2014:1317, p. 23.

29 A incerteza é a palavra que domina a fronteira da licitude e ilicitude nos comportamentos adotados com incidência no Direito da Concorrência já que esta valoração normativa incorpora valorações económicas e confere relevância a fatores técnicos. A este propósito, nomeadamente sobre os artigos 101.º e 102.º do TFUE, se refere uma relativa “*open-textured structure of these provisions*”, *cfr.* Dunne, 2014: 146.

30 Bergh, 2013: 13-14.

31 Hüschelrath & Peyer, 2013: 595.

prevenção (*overdeterrence*)^{32,33} derivado da cumulação de sanções com o *public enforcement*. Sobre a litigância excessiva e abusiva será defendido *infra* (3.2) que o *private enforcement* não contribui significativamente para os referidos problemas. Adicionalmente, a hipótese de *overdeterrence* é alcançada num cenário difícil e irrealista, de com acordo com o qual a deteção e a condenação (pelo *public* e *private enforcement*) de práticas restritivas se situam num nível muito elevado ou a 100%. Tal cenário não se compadece com o quadro real de baixa deteção de práticas anticoncorrenciais³⁴ e de complexidade económica e probatória. Por outro lado, a preterição do *private enforcement* elimina a possibilidade de reparação de danos dos consumidores e, com isso, impede este modo de internalização (direta) de externalidades.

Em conclusão, a combinação entre *private enforcement* e *public enforcement* permite, em geral, uma maximização do reforço das normas, sem um sacrifício relevante e desrazoável.

3. O ENFORCEMENT DO PRIVATE ENFORCEMENT

3.1. O contexto de impossibilidade e dificuldade do exercício do *private enforcement*

Ainda que o Direito da União consinta aos lesados um mecanismo de reparação pelas infrações do Direito da Concorrência, de nada aproveita se o mesmo não for efetivo ou se carecer de condições de operacionalidade: *Ubi ius ibi remedium*³⁵ – nas famosas expressões “*Rights which cannot be enforced in*

32 Defendendo a falta de demonstração prática do *overdeterrence*, aliás, a nível mundial Connor, 2006: 5 e ss., 22 e ss.; em geral Hüschelrath & Peyer, 2013: 594-595, 607-608; a nível europeu, demonstrando a maior parte dos cartéis pratica uma “*overcharge*” (sobre-preço ilícito) baixa, contribuindo para a diminuição da sua deteção enquanto prática ilícita Smuda, 2012: 15 e ss..

33 No sentido de existir a *overdeterrence*, Breit & Elzinga, 1974: 329 e ss.. Problematizando a deseabilidade da cumulação de sanções, nomeadamente por afetar negativamente a estrutura de mercado, Wils, 2017: 40-41; Wils, 2006: 27-28.

34 Aliás, na maior parte dos estudos empíricos, a deteção está dentro de valores muito baixos como 20%, cfr. Connor, 2006: 8 e ss.; Hüschelrath & Peyer, 2013: 594-595, 607-608.

35 Ou *ubi remedium ibi ius*: “onde está o remédio, está o direito”, cfr. Correia, 1958: 448.

*practice are worthless*³⁶. Efetivamente, a solidez de uma política de Direito da Concorrência depende dos seus mecanismos de reforço³⁷.

Do ponto de vista processual, o recurso ao *private enforcement* não é realizado de modo central. O *private enforcement* opera em termos nacionais. Assim, os lesados dirigem-se aos Tribunais do respetivo Estado-Membro, pedindo uma indemnização pelos prejuízos sofridos. Sucede a imputação de responsabilidade e a condenação em indemnização se preenchidos os pressupostos de responsabilidade estatuídos pelo respetivo regime aplicável. De todo o modo, qualquer pessoa física ou jurídica que sofra danos resultantes de uma infração ao direito da concorrência pode pedir a respetiva reparação (artigos 11.º e 30.º do Código de Processo Civil, doravante CPC)³⁸. Portanto: o consumidor, o retalhista, o grossista, o concorrente do infrator, o agente fornecido pelo infrator, todos podem pedir uma indemnização pelo dano ilicitamente sofrido. Todavia, recorrentemente, as infrações ao Direito Concorrência verdadeiramente potencializadoras de danos são levadas a cabo por grandes empresas, grandes grupos empresariais, ou até multinacionais, o que na prática pode dificultar a verdadeira aplicação deste regime³⁹.

Os agentes quando decidem se caminham pelo terreno judicial ponderam os custos e benefícios dessa escolha⁴⁰. Os custos legais e judiciais podem dis-

36 Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia, consulta pública SEC(2011) 173 final, *Towards a Coherent European Approach to Collective Redress*, (2011/2089(INI)), para 1: “Rights which cannot be enforced in practice are worthless. Where substantive EU rights are infringed, citizens and businesses must be able to enforce the rights granted to them by EU legislation”, negrito nosso. Com sentido idêntico “the value of a right is determined by the legal consequences which ensue from its violation, namely the remedies available from its enforcement” [T Tridimas, *The General Principles of EU Law* (2nd edn, OUP 2006) 500-501, *apud*, Ioannidou, 2015: 6]. Por fim, “indeed, it is of no or nearly no value if the right is conceived as granted merely by a rule”, negrito nosso, cfr. Alexy, 1992:146, e mesmo numa perspetiva positivista “um mínimo de eficácia [da norma] (...) é condição da sua vigência” cfr. Kelsen, 1960: 11 (note-se que Kelsen fala de eficácia enquanto observância da norma e não sobre a produção de efeitos jurídicos).

37 Posner, 2001: 266.

38 Pereira, 2017: 663.

39 Analisando alternativas processuais para casos de *Mass Damages Claims*, Koch, 2014: 162-170; Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013 sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União, (2013/396/UE).

40 Os custos (processuais e relacionados) do autor devem, pelo menos, ser inferiores às expetativas de ganho com o desfecho do processo. Caso contrário, o autor não tem incentivo para litigar, cfr. Kaplow & Shavell, 1999: 44 e ss.; Shavell, 1982: 333-339; Patrício, 2005: 13-20, 45 e ss.; Rossi & Sousa Ferro, 2013: 67 e ss.; Bergh, 2013: 13-14 e 20. Em geral, Sunstein, 2000: 1-40.

suadir os agentes da litigância⁴¹, “*despite the fact that access to the courts for all citizens is a fundamental pillar of our society (...) [t]he primary economic barrier to pursuing a lawsuit is legal fees*”⁴². Os custos do autor podem ligar-se às suas relações económicas, por exemplo, numa relação vertical, o lesado enfrenta as consequências da quebra do contrato com o infrator⁴³. Além de existirem custos irrecuperáveis, a vantagem decorrente da litigância caminha de mão dada com a sorte do seu desfecho, o qual pode ser favorável ou não, consoante as probabilidades do respetivo sucesso processual. Neste âmbito, as regras do ónus da prova desempenham um papel fundamental, pois, na dúvida do julgador, permitem-no decidir num certo sentido, provocando incentivos de carrear meios de prova no processo para a parte onerada⁴⁴ e, de certo modo, trazendo algum conforto e relativa segurança à parte não onerada. Em consequência, a parte onerada suporta o custo inicial da investigação respeitante ao litígio⁴⁵.

Portanto, o autor da litigância considera um conjunto de custos fixos ou não reembolsáveis (Cf), custos que podem ser reembolsáveis (Cr), mas dependentes do desfecho favorável e ainda os ganhos (G), igualmente dependentes de uma decisão favorável. Dado que Cr e G dependem do desfecho da decisão, o seu custo/utilidade esperada é medido consoante a probabilidade do desfecho favorável (aV) ou desfavorável da ação (aD). Compensaria litigar se:

$$(G \times aV) - Cf + (Cr \times aD) > 0^{46}$$

41 *Vide* Nagy, 2019: 12.

42 “*The civil justice system is out of the reach of most Canadians, despite the fact that access to the courts for all citizens is a fundamental pillar of our society. The primary economic barrier to pursuing a lawsuit is legal fees*” *cfr.* Puri, 1998: 517.

43 Tal como os efeitos negativos nas relações para com outras empresas, *cfr.* Rossi & Sousa Ferro, 2013: 68; Bergh, 2013: 13-14.

44 Rosenberg, 2002: 32; Pires Salpico, 2020c: 47-48.

45 Hüschelrath & Peyer, 2013: 597.

46 Se o valor de indemnização for de 5.000, e a probabilidade de uma decisão favorável de 50%, a utilidade esperada é de 2.500 (5.000 x 0.5). Se os custos não reembolsáveis forem de 1000 e os custos reembolsáveis de 2000, e a probabilidade de uma decisão desfavorável de 50%, os custos esperados serão de 1000 (2000 x 0.5), e a soma entre os custos esperados e os custos não reembolsáveis resulta no valor de 2000 (1000 + 1000). Como a diferença entre a utilidade esperada (2.500) e a soma entre os custos reembolsáveis e não reembolsáveis (2000) é superior a 0, seria razoável litigar.

Em torno do *private enforcement* do Direito da Concorrência, facilmente se denota a fragilidade da posição judicial do lesado⁴⁷, por exemplo: de um pequeno retalhista, dada a morosidade do processo, o desequilíbrio económico das partes, a complexidade do contexto jurídico-económico das condutas e do cálculo de danos respeitante. A complexidade não é só jurídica, é também uma complexidade processual, especialmente na vertente probatória⁴⁸, seja na prova da conduta ilícita (*v.g.* os cartéis que, normalmente, são de natureza secreta) ou na prova e cálculo dos danos. Deste modo, estão envolvidas dispendiosas perícias económicas⁴⁹, e os custos relacionados com os advogados são elevados em comparação com as ações cíveis normais, tanto pelo nível de especialização necessário como pela extrema complexidade dos casos por via de regra. Neste âmbito, o problema não é certamente resolvido com o apoio judiciário em Portugal, o qual não consegue ser acedido pela esmagadora maioria de pessoas singulares e empresas⁵⁰. Em segundo lugar, sucede que, por regra, ou se trata de danos com uma larga dispersão entre lesados⁵¹, ou estão em causa danos em massa, acentuando as dificuldades probatórias a este respeito.

47 Cfr. Sérvulo Correia, 2008: 1782-1783. Discutindo os principais custos: custas processuais, honorários de advogado, tempo, custos de organização e possíveis retaliações, cfr. Rossi & Sousa Ferro, 2013: 69-72; Coutinho de Abreu, 2011: 104 e ss..

48 Sobre o conceito de impossibilidade de prova e dificuldade de prova por nós proposto, *vide* Pires Salpico, 2020c: 64-71.

49 Hüschelrath & Peyer, 2013: 604-607. Vale a lista de dificuldades práticas apresentadas em Schreiber & Seegers: 2019: 51: “a necessidade de demonstrar e provar os efeitos danosos das infrações ao direito da concorrência à escala do mercado, nomeadamente os cartéis, sobre as empresas individuais: qualquer análise e quantificação económica, incluindo os aspetos de causalidade, requer normalmente dados e informações detalhadas cobrindo o mercado afetado de forma ideal antes, durante e após a infração:

- assimetrias de informação e falta de provas, devido à natureza secreta dos cartéis;
- potenciais tensões nas relações comerciais em curso associadas a uma exposição individual... seguro para os (múltiplos) arguidos;
- o risco de litígio arrastado devido às complexidades jurídicas e económicas inerentes;
- custos elevados para advogados e peritos económicos, embora o resultado do processo seja incerto;
- custas processuais potencialmente elevadas e assimetrias de custo/risco entre requerentes e (múltiplos) réus, uma vez que os cartéis têm, por definição, numerosos participantes; e
- em casos a nível da UE, os membros do cartel estão sediados e ativos em várias jurisdições ao passo que as vítimas sofreram danos em toda a Europa” (tradução nossa).

50 Vejam-se os restritos requisitos para o apoio judiciário nos artigos 7.º, 8.º, 8.º-A, 8.º-B, 10.º e 11.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho.

51 Wagner, 2007: 122.

3.2. A solução processual: *collective actions* e *third-party litigation funding*

Neste propósito debatido *supra*, discutem-se as *collective actions* ou *class actions*^{52,53} e o *third-party litigation funding*. Prossiga-se, então, para uma reflexão de alguns dos pontos mais debatidos destas figuras.

No espaço jurídico da União Europeia, com vista à harmonização de regras no que respeita às *collective actions* para o *enforcement* do Direito da União, foi recentemente publicada a Diretiva (UE) 2020/1828⁵⁴, embora de aplicação limitada a um conjunto típico de infrações ao Direito da União, onde não se incluem as infrações às normas da concorrência (artigo 2.º e Anexo da Diretiva).

Especificamente, no Direito português, a *actio popularis*⁵⁵, meio já previsto desde as Ordenações Manuelinas⁵⁶, consiste num dos mecanismos idóneos para a prossecução do *private enforcement*, aproveitando a legitimidade ativa, por exemplo, de pessoas coletivas defensoras dos interesses difusos ou interesses individuais homogêneos em causa⁵⁷ (artigos 52.º n.º 3 da Constituição da República Portuguesa, 31.º do CPC e o artigo 3.º da Lei n.º 83/95, também

52 Sobre este aspeto, cfr. Nagy, 2019: 71-73. Para uma análise do contexto europeu das *collective actions*, *ibidem*, pp. 73-106; Malinauskaitė, 2019: 265 e ss.; Schreiber & Seegers: 2019: 49 e ss..

53 Existem duas formas distintas de ações: *opt-in* e *opt-out*. Nas ações *opt-in*, um conjunto de agentes decidem participar, ou serem representados na ação. Nas ações *opt-out*, por exemplo de indemnização de danos, pode ser feito o pedido de reparação em representação de um conjunto de lesados sobre critérios determinados, sem a necessidade do seu prévio consentimento, mas podendo estes optar pela exclusão da sua participação ou representação na ação.

54 Tecendo críticas à Diretiva, veja-se a nota de Maria José Azar-Baud e Miguel Sousa Ferro disponível via <https://eulawlive.com/op-ed-directive-on-consumer-representative-actions-a-sheep-in-wolfs-clothing-by-maria-jose-azar-baud-and-miguel-sousa-ferro/>.

55 Desde o Direito Romano se estabelecera a ação popular, destinada a proteger interesses não meramente particulares. São exemplos “a *actio de albo corrupto através da qual se demanda quem alterou conscientemente o edictum do pretor exposto ao público* (D. 2,1,7), a *actio de sepulchro violato que se pode intentar contra o violador de sepulturas* (D. 47,12,3); a *actio de positis et suspensis que pune o ocupante numa casa que pôs ou suspendeu algum objecto que pode cair na rua e causar danos* (D. 9,3,5,6)”, cfr. Justo, 2018: 136.

56 *Ordenações Manuelinas*, 1521, Título XLVI: Dos Vereadores das Cidades, e Villas, e cousas que a seus Officios pertencem.

57 Os interesses difusos correspondem à tutela de “*posições jurídicas materiais que, sendo pertença de todos os membros de uma certa comunidade, não são, todavia, apropriáveis por nenhum deles em termos individuais (...) um conjunto de interesses solidariamente comuns aos membros de uma comunidade e cuja titularidade se mostra indivisível através de um processo de apropriação individual*” Otero, 1999: 872 e 876 e ss.; vide também Ascensão, 2003: 22-24.

conhecida como Lei da Ação Popular, doravante referida como LAP)^{58,59}. O mecanismo da *actio popularis* prevê alguns benefícios⁶⁰: ao autor não são exigidos preparos (artigo 20.º n.º 1 da LAP) e este fica isento do pagamento de custas em caso de procedência parcial do pedido (artigo 20.º n.º 2 da LAP); em caso de improcedência total do pedido o autor será condenado em montante a fixar pelo julgador entre 10% e 50% das custas que normalmente seriam devidas, tendo em conta a sua situação económica e a razão formal ou substantiva da improcedência (artigo 20.º n.º 3 da LAP).

A utilização do mecanismo da ação popular para efeitos de reparação de danos não é uma novidade trazida pelo *private enforcement* do Direito da Concorrência. Por um lado, no domínio da defesa do consumidor, o Supremo Tribunal de Justiça admitira o mecanismo de ação popular para efeitos de ressarcimento de danos⁶¹. Por outro, o legislador já prevê a utilização ação popular no domínio da tutela dos interesses individuais homogêneos ou coletivos dos investidores não profissionais em instrumentos financeiros para efeitos de indemnização (artigo 31.º do Código dos Valores Mobiliários)⁶². No mesmo sentido, também a Lei do *Private Enforcement* vem a reconhecer a ação popular como opção de mecanismo apto à prossecução da tutela ressarcitória (artigo 19.º LPE), embora, como se nota, não existisse qualquer obstáculo a esta possibilidade previamente a esta lei. Refira-se, igualmente, que é admissível a reparação de danos para interesses individuais homogêneos, mesmo quando a individualização não seja possível, tal como se sucede no regime dos valores mobiliários (artigo 31.º n.º 3 Código dos Valores Mobiliários)⁶³.

58 Rossi & Sousa Ferro, 2013: 37; Sérvulo Correia, 2008: 1178-1779; Pereira, 2017: 663.

59 Sobre a legitimidade processual popular *vide* Amado Gomes, 2016: 38 e ss. (50-52, em especial, sobre a legitimidade popular para reparação de danos). Aliás, refere a Professora que “o exercício do direito de acesso à justiça investido em legitimidade popular não é um direito exclusivo dos portugueses mas também de todos os estrangeiros em Portugal” (*Ibid*, p. 39). Aplicando o raciocínio ao *private enforcement* do Direito da Concorrência, tal implica que a ação popular englobe os consumidores lesados por infrações em Portugal, mesmo que estrangeiros.

60 Rossi & Sousa Ferro, 2013: 53.

61 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.09.1997, processo n.º 97B503 [Miranda Gusmão], consultável via disponível via www.dgsi.pt; acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.10.2003, processo n.º 03A1243 [Nuno Cameira], consultável via disponível via www.dgsi.pt.

62 Sobre o regime, *vide* Ascensão, 2003: 20 e ss..

63 Rossi & Sousa Ferro, 2013: 59-60.

Por fim, realce-se um aspeto anteriormente referido (*supra* 2.). Como a globalização e digitalização dos mercados contribuem para uma maior propagação do raio de consumidores afetados pela mesma conduta, as ações coletivas, se instauradas, servem o propósito de alcançar uma defesa mais concentrada, próxima e eficiente de cada grupo homogêneo (ou em condições homogêneas) de consumidores de uma determinada área atingida pela conduta anticoncorrencial.

Ligado ao financiamento de ações de *private enforcement* (nomeadamente, ações coletivas⁶⁴), o “*third-party litigation funding*”^{65,66,67}, ou acordo de financiamento de contencioso revela-se um mecanismo apto à prossecução do *private enforcement* com sucesso, produzindo, através da eliminação das barreiras económicas⁶⁸, incentivos a essa litigância. O *third-party litigation funding* envolve o financiamento por parte de um terceiro dos custos do litígio a favor de uma das partes processuais, em contrapartida de uma porção dos ganhos obtidos em juízo. Pode dizer-se, a favor, que estes acordos, ao vestir o lesado de mais meios, não só contribuem para o acesso à justiça, como contribuem para o sucesso da ação⁶⁹. A este respeito, o conhecido caso *Merricks*, apreciado pelo Competition Appeal Tribunal no Reino Unido é protagonista na admissão deste tipo de financiamento de *class actions* de reparação de danos, dada a dependência do funcionamento das *class actions* no Direito da Concorrência em relação ao *third-party litigation funding*⁷⁰.

64 Schreiber & Seegers: 2019: 59.

65 “*Originariamente surgido e difundido nos Estados Unidos no seio do contencioso judicial (“litigation funding”) nos finais do século passado, não só depressa se difundiu noutras jurisdições (Reino Unido, Austrália e Alemanha) como se tornou particularmente popular no domínio da arbitragem, particularmente na arbitragem comercial internacional e, mais recentemente, na denominada arbitragem de protecção de investimentos estrangeiros*”, cfr Henriques, 2015: 575. Neste contexto é famosa a recente reforma de Hong Kong em 2017. Para leitura do contexto, vide *The Law Reform Commission of Hong Kong Third Party Funding for Arbitration Sub – Committee, Third Party Funding for Arbitration, Consultation Paper, 2015*, consultável via <http://www.hkreform.gov.hk>.

66 Sobre o fenómeno, Veljanovski, 2012: 405-450; Henriques, 2015: 573-624. Numa perspectiva de análise económica vide Hylton, 2012: 701-741.

67 Sobre a timidez do *third-party litigation funding* em Portugal, vide Henriques & Albuquerque, 2017: 112-124.

68 Puri, 1998: 518-520.

69 Schreiber & Seegers: 2019: 59.

70 Acórdão do Competition Appeal Tribunal de 21/07/2017, caso 1266/7/7/16, [2017] CAT 16, consultável https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2.1266_Walter_Hugh_Judgment_CAT_16_210717.pdf, sendo que o Tribunal foi claro em admitir que a improcedência não se devia ao acordo de financiamento, mas sim à falta de adequação do pedido. Veja-se o p. 127: “*The Government in promoting the legislation therefore*

No que toca a outras jurisdições, a admissibilidade do *third-party litigation funding* tem sido contestada^{71,72} durante a prática da litigância pelas já usuais críticas no sentido de o mecanismo permitir o *abusive e excessive litigation*. Do ponto de vista da atividade, não parecem surgir verdadeiros obstáculos de licitude. Por um lado, o financiamento dos custos da litigância, com um esquema remuneratório que incida sobre uma percentagem do valor em caso de sucesso judicial não viola a proibição da quota-litis (prevista no artigo 106.º dos Estatutos da Ordem dos Advogados) porque os honorários dos advogados permanecem devidos e não dependem do desfecho processual da ação⁷³. Por outro, a atividade do financiamento litigioso não se enquadra na banca, bolsa e seguros⁷⁴. Igualmente, tendo em conta que o propósito do

clearly envisaged that many collective actions would be dependent on third party funding, and it is self-evident that this could not be achieved unless the class representative incurred a conditional liability for the funder's costs, which could be discharged through recovery out of the unclaimed damages"; Acórdão do Competition Appeal Tribunal de 28/10/2019 no caso 1282/7/7/18, [2019] CAT 26, consultável https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2019-10/1282-1289_Trucks_Judgment_281019.pdf, p. 65-66: “*The regime of collective proceedings introduced into the CA [Competition Act] for competition claims by the Consumer Rights Act 2015 is dependent on TPF [third-party funding] for its success since there will be few cases where the class members will themselves be able to fund their claims.*” *The Tribunal continued: “There are different models of commercial litigation funding now adopted by members of the ALF (...) and it would be wrong for the Tribunal to seek to place TPF for the purpose of collective proceedings under the CA into a straightjacket. On the contrary, the Tribunal seeks to facilitate the access to justice for claimants achieved by properly constituted collective proceedings. In that regard, the concern of the Tribunal when reviewing a [litigation funding agreement] is (a) that the terms of the funding agreement do not impair the ability of the class representative to act fairly and adequately in the interests of the class members, and (b) that adequate funding has been arranged to pursue the litigation effectively in the interests of the class members.”*

71 A crítica não é recente, assumindo preocupações dos tempos da Idade Média, que sobreviveram ao século XVIII para merecer as críticas de Jeremy Bentham e Blackstone, advogando pela proibição da “*Maintenance*” (financiamento de processos judiciais por parte de terceiro) e da “*Champerty*” que é um tipo de “*Maintenance*” onde o terceiro colhe uma parte dos proveitos resultantes da decisão judicial cfr. Hylton, 2012: 705 e ss..

72 A propósito das objeções, cfr. Nagy, 2019: 23 e ss.; Richmond, 2019: 62 e ss., e 68-69; Rodger, Sousa Ferro & Marcos, 2018: 473-478. Referindo que a exclusão do tema da regulação da Diretiva se deveu a razões meramente políticas, Schreiber & Seegers: 2019: 52. Bergh, 2013: 13, 17. Veja-se, também os considerandos 19 e 20 da Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013 sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União, (2013/396/UE): “(19) A disponibilidade de financiamento para os litígios no âmbito da tutela coletiva deve ser definida de modo que não permita abusos do sistema ou conflitos de interesses (...) (20) Para evitar uma utilização abusiva do sistema, e no interesse de uma boa administração da justiça, não deve ser autorizada a propositura de uma ação judicial de tutela coletiva se não estiverem reunidas as condições de admissibilidade estabelecidas por lei”.

73 Henriques, 2015: 616-617; Henriques & Albuquerque, 2017: 115.

74 Cfr. Henriques, 2015: 614-616; Henriques & Albuquerque, 2017: 114, além de a prática contratual dos acordos de financiamento de litígios não se enquadrar, em sede de atividade bancária, nas definições de sujeitos e atividades presentes nos artigos 2.º-A e 4.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e

third-party litigation funding reside no financiamento de ações tipicamente custosas, traduzindo-se num modo de viabilizar o eficaz exercício dos direitos dos lesados, dificilmente se verificam proibições imediatas de negócios usurários (artigo 282.º do Código Civil) ou de negócios contrários aos bons costumes (artigos 280.º e 281.º) – quando, curiosamente, o *third-party litigation funding* parece ser um modo de sanar a situação do lesado de “*necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência (...) de outrem*”, nas palavras da lei a propósito da qualificação da situação usurária (cfr. o artigo 282.º do Código Civil). Diga-se, aliás, que tal desequilíbrio – onde alguém explora a “*situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência (...) de outrem*” obtendo “*deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados*” – sugere verificar-se na relação entre o lesante infrator das normas da Concorrência e o lesado, que não consegue efetivar os seus direitos. Verdadeiramente, do ponto de vista estrutural não existe usura. Porém, a análise deve ser casuística consoante os contratos existentes⁷⁵ e a situação material subjacente.

Assumindo, porventura, que a ilicitude do acordo de financiamento é unicamente atribuída em função das consequências da sua aplicação, *maxime*, a suscetibilidade de utilização abusiva do mecanismo e do abuso de litigância, nesse caso, prevenindo-se o abuso, a ilicitude é eliminada. Neste sentido, procura-se demonstrar que a utilização abusiva do mecanismo é prevenida pelo nosso regime e que as vantagens da sua utilização superam as desvantagens.

Em qualquer caso, estes mecanismos contribuem para mitigar os riscos e custos das ações, proporcionando uma melhor expectativa de ganhos, e reduzindo os incentivos para não litigar^{76, 77}.

Com efeito, no domínio económico – seja nas ações coletivas que agregam pedidos de vários lesados, seja em ações populares de representação dos lesados – os custos são normalmente comuns entre os lesados. Deste modo, estes mecanismos, ao concentrarem os custos, possibilitam economias de escala,

Sociedades Financeiras, não existe atividade seguradora porque embora exista o elemento do risco, falta o elemento do prémio de seguro.

75 Defendendo uma análise casuística, cfr. Henriques, 2015: 619-620.

76 Sobre este último aspeto, Hylton, 2012: 703; vale a expressão “*it’s all about money*”, seja nos custos, seja nos benefícios do processo, cfr. Koch, 2014: 169-170.

77 Cfr. Nagy, 2019: 13, num exemplo académico demonstrador destas dificuldades: se o dano é de 100€, os custos do processo 10.000€, a possibilidade de perder 1%, logo, o valor esperado será 99 (100 x 0.99), enquanto os custos esperados corresponderão a 100 (10.000 x 0.01). Ora, a diferença entre o valor esperado (99) e os custos esperados (100) é negativa (-1), não sendo razoável litigar.

e diminuam as externalidades⁷⁸. Deste modo, o problema da falta de internalização de todos os danos provocados pelo infrator⁷⁹, nomeadamente pela falta de reclamação de todos os lesados, é suscetível de se solucionar pelas ações coletivas e pela sua viabilidade. Ainda no mesmo ponto, a concentração dos custos e da defesa coletiva contribui para uma posição negocial do lesado mais forte⁸⁰. Por conseguinte, estes mecanismos, nomeadamente as ações coletivas permitem assegurar as funções de reparação de danos e de prevenção de condutas ilícitas futuras⁸¹. Aliás, pela eventualidade de não ser prosseguida a via judicial por parte dos lesados, existe quem defenda que a condenação de danos em excesso ou danos punitivos (*punitive damages*) seja socialmente desejável⁸².

Retomando as críticas sobre a eventual litigância excessiva e a litigância abusiva, cumpre debater os conceitos. Na situação de excesso de litigância, o saldo entre benefícios sociais e os custos sociais respeitantes a um processo judicial é negativo⁸³. Neste contexto, pondera-se o medo de a litigância se tornar num negócio para os *funders* (no caso do *third-party litigation funding*)⁸⁴, não nutrido estes, nem os autores da ação, preocupação para com as implicações sociais da sua litigância. Por outras palavras, os autores da ação, olhando para os obstáculos financeiros removidos ou atenuados, já não teriam incentivos suficientes de prosseguir com diligência na decisão de recorrer para os Tribunais, podendo sempre recorrer a mecanismos judiciais, independentemente do custo total do processo e sem participar nele, levando a que o recurso aos Tribunais resulte num sobre aproveitamento. Efetivamente, é necessário considerar o custo total do processo judicial, envolvendo o custo de todas as partes e não só aquele dispostos pela parte lesada, e ainda, o custo desembolsado pelo Estado em consequência do processo. Um dos aspetos relevantes para aferir do benefício social consiste na existência ou medida de um efeito de prevenção (*beneficial deterrent*)⁸⁵.

78 Cfr. Nagy, 2019: 4-5, 10-11, 13-14; Schreiber & Seegers: 2019: 52.

79 Bergh, 2013: p. 20; também *supra* 2.

80 Schreiber & Seegers: 2019: 52.

81 Nagy, 2020: 3; Rossi & Sousa Ferro, 2013: 72.

82 Kaplow & Shavell, 1999: 10.

83 Kaplow & Shavell, 1999: 44-47; Patrício, 2005: 46 e ss..

84 Richmond, 2019: 68.

85 Kaplow & Shavell, 1999: 45-46; Patrício, 2005: 47.

Se a alternativa apresentada consiste em desconsiderar ou proibir as *collective actions* e o *litigation funding*, tal implica que o efeito de prevenção derivado de tutela privada seja equivalente a 0. Com efeito, a operacionalidade de levar a cabo as ações de *private enforcement* fica prejudicada, pois, sem estes mecanismos, a prossecução da tutela privada do consumidor, especialmente em relação a condutas causadoras de baixo dano por consumidor, é praticamente inviável, irrecuperável e não recompensável em termos de custos, eliminando, desde logo, quaisquer incentivos de percorrer pelo caminho judicial. A própria natureza, dimensão e fundamento deste tipo de processos de *private enforcement* baseia-se num efeito de prevenção de condutas anti-concorrenciais (*supra* 2). Facilitar os mecanismos de reivindicação dos danos sofridos por consumidores corresponde a facilitar a prevenção dos comportamentos causadores de danos, dado que as empresas passarão a considerar maiores custos na conduta anticoncorrencial, aliás, custos estes correspondentes ao custo social imposto pela conduta (dado que o valor da indemnização se circunscreve aos danos).

Por outro lado, se a permissão destes mecanismos nos leva um efeito de prevenção adicional derivado da litigância privada superior a 0, é socialmente mais desejável a permissão dos referidos mecanismos do que a hipótese inversa.

Em suma, não é honesto falar de litigância abusiva quando se presencia uma ausência de ações de proteção de consumidores sem *litigation funding*⁸⁶. O medo das consequências destes mecanismos mata o *enforcement* e esvazia o verdadeiro conteúdo tutelado pelas normas do Direito da Concorrência.

Quanto à litigância abusiva, existe quem tema o poder de chantagem dos representantes de consumidores através de pretensões ilegítimas⁸⁷. Na verdade, cremos, mais uma vez, que as desvantagens decorrentes da ausência destes mecanismos já se verificam, enquanto, por outro lado, os medos causados por eles estão por demonstrar. Em segundo lugar, não se pode confundir a improcedência do pedido de indemnização com a litigância abusiva⁸⁸. Por

86 Considere-se, neste sentido, o cenário de raridade e insucesso em Portugal de processos de *private enforcement* na pesquisa tomada por Miguel Sousa Ferro, cfr. Sousa Ferro, 2016; Rossi & Sousa Ferro, 2015: 133; Coutinho de Abreu, 2011: 113-114.

87 Nagy, 2020: 7 e 11; especificamente quanto ao *third-party litigation funding* nos Estados Unidos, a nota de John, Beisner, Jessica Miller e Gary Beisner, publicada em 2009 pelo U.S. Chamber Institute for Legal Reform, consultável via <http://legaltimes.typepad.com/files/thirdpartylitigationfinancing.pdf>.

88 “If the mere filing of an unsuccessful claim counted as an abuse of rights, civil procedure would be tantamount to hotbed of abuse”, sustentando que as estatísticas jurisprudenciais norte-americanas relevam

último, a Lei da Ação Popular prevê obstáculos à litigância abusiva⁸⁹: o indeferimento liminar da petição inicial quando o julgador entenda que é manifestamente improvável a procedência do pedido, ouvido o Ministério Público e feitas preliminarmente as averiguações que o julgador tenha por justificadas ou que o autor ou o Ministério Público requeiram (artigo 13.º da LAP); o direito de exclusão por parte de titulares dos interesses em causa (artigo 15.º da LAP)⁹⁰; a possibilidade do Ministério Público se substituir ao autor (artigo 16.º da LAP), que permite um controlo constante por parte daquele. Com efeito, pode o Tribunal averiguar o financiamento da ação, devendo-se, claro, analisar a transparência e origem dos fundos do financiador, bem como se este é concorrente do infrator ou se é afetado pelo mesmo. Assim, em geral, da admissibilidade do *third-party litigation funding*, não aumenta necessariamente a proporção entre ações abusivas e ações não abusivas, uma vez que as regras aplicáveis adotam uma filtragem das primeiras. Logo, proibir o *funding* resulta em dificultar mais ações não abusivas, do que dificultar ações abusivas. Por fim, de acordo com os critérios económicos do investidor racional, não é sequer prudente investir em ações judiciais de baixa probabilidade de sucesso, inexistindo incentivos para a realização desse investimento⁹¹. Ora, como, em geral, os investidores não têm incentivos para financiar ações judiciais inviáveis, a probabilidade de aumento deste tipo de ações revela-se menor. Aliás, pelos valores avultados normalmente envolvidos na compensação por *anti-trust damages*, e considerando os elevados custos de oportunidade, os *third-party funders* tenderão a financiar ações com maiores e sérias probabilidades

uma probabilidade fraquíssima de litigância abusiva, cfr. Wagner, 2007: 124.

89 À semelhança do critério “*legitimate interest exception*”, de acordo com o qual se deve avaliar o interesse legítimo em ser financiado, o interesse legítimo em financiar (a ausência de intenção de causar prejuízos; interesse em aproveitar parte dos ganhos), a possibilidade da procedência da ação (excluindo o financiamento de pretensões expressamente improcedentes), cfr. Puri, 1998: 535-537.

90 De acordo com o artigo 15.º n.º 1, “*Recebida petição de acção popular, serão citados os titulares dos interesses em causa na acção de que se trate, e não intervenientes nela, para o efeito de, no prazo fixado pelo juiz, passarem a intervir no processo a título principal, querendo, aceitando-o na fase em que se encontrar, e para declararem nos autos se aceitam ou não ser representados pelo autor ou se, pelo contrário, se excluem dessa representação, nomeadamente para o efeito de lhes não serem aplicáveis as decisões proferidas, sob pena de a sua passividade valer como aceitação*”. Neste contexto, estipula o artigo 19.º n.º 1 que “*Salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, os efeitos das sentenças transitadas em julgado proferidas no âmbito de processo que tenham por objeto a defesa de interesses individuais homogêneos abrangem os titulares dos direitos ou interesses que não tiverem exercido o direito de se autoexcluírem da representação*”.

91 Puri, 1998: 557-558.

de sucesso, procurando evitar e acautelar as perdas. Tanto é assim que no mercado os *third-party funders* apenas têm financiado ações *follow-on*, ou pelo menos ações que parte do pedido se apoia numa declaração de infração de uma autoridade da concorrência.

Em conclusão, o *third-party litigation funding* e as ações coletivas, desde que aplicados com os limites estabelecidos por lei, transparecem mecanismos razoáveis. O medo da sua aplicação provoca o quadro atual que não é socialmente preferível⁹². Pensamos assim que ambos os mecanismos se afiguram como juridicamente admissíveis e, caso a sua ilicitude se funde no plano das consequências (o *excessive* e *abusive litigation*), cremos não ser o caso, sendo aliás social e economicamente preferível a sua admissão. Não é a monetarização da justiça que está em jogo, é mesmo o seu eficaz funcionamento e viabilização das posições que são conferidas pelo ordenamento jurídico.

3.3 A efetividade do Direito na metodologia jurídica?

Debatemos *supra* sobre o contexto irrealista de exercício das posições conferidas pelo Direito, *maxime*, o Direito da Concorrência e o Direito da Responsabilidade Civil – na combinação, o *Private Enforcement do Direito da Concorrência*.

Numa análise jurídica e pragmática, defendemos a licitude das ações coletivas e dos acordos de financiamento de contencioso, dentro de determinados limites, já garantidos pela lei portuguesa.

Rematemos, ainda, com uma nota adicional de reforço, sobre a metodologia jurídica, aliando-nos à inicial preocupação de acordo com a qual “*Rights which cannot be enforced in practice are worthless*”. Antes de um princípio da efetividade, um segmento da doutrina – sobre o método de conhecimento do Direito aplicável e da resolução dos problemas jurídicos subjacentes ao caso concreto – partilha de algumas destas preocupações, uma vez que a operacionalidade das posições conferidas pela ordem jurídica não pode ser entendida como indiferente na tarefa da interpretação e aplicação do Direito. Próximo desta preocupação, Francesco Ferrara advogou, a propósito da interpretação que “*a lei é um ordenamento de protecção que entende satisfazer certas necessidades, e deve interpretar-se no sentido que melhor responda a esta finalidade, e portanto*

92 De um ponto de vista geral e estrutural “*Because third-party funding of litigation can generate welfare gains, a total ban would be difficult to justify*”, cfr. Hylton, 2012: 703. Não será, assim, uma novidade considerar que o resultado da aplicação destes mecanismos é eficiente no critério de Kaldor-Hicks, isto é, que as suas vantagens superam as suas desvantagens, face à situação alternativa. Sobre a noção do conceito, Posner, 1986: 13 e ss. e 23; Miceli, 2004: 6.

em toda a plenitude que assegure tal tutela^{93,94,95}. Igualmente, Karl Engisch remata “o preceito da lei deve, na dúvida, ser interpretado de modo a ajustar-se o mais possível às exigências da vida em sociedade e ao desenvolvimento de toda a cultura”⁹⁶. Em consequência, a interpretação e aplicação do direito não pode ignorar o contexto social e económico, e as suas complexidades, ao qual as normas se destinam a regular. Como sustentado *supra*, o Direito da Concorrência (a sua fronteira de licitude) caminha em terreno dúbio e num reforço frágil e difícil. Tal contexto e adversidades devem ser fatores a considerar.

Antes de prosseguir, cumpre referir que a operação de interpretação e aplicação do Direito é sempre uma operação sujeita a valorações, valorações estas que só podem ser jurídicas ou normativas. Por conseguinte, não se trata de uma operação formal vazia sem qualquer axiologia. Assim, e retomando, a metodologia jurídica enquanto método de interpretação e aplicação jurídica está dirigida à obtenção de critérios normativos que permitam a resolução de problemas (normativamente identificados), tendo em vista a realização do Direito, devendo ser escolhido como o caminho correto aquele que melhor satisfaz esta função. Simplificando, se é verdade que a regulação jurídica

93 Ferrara, 1963: 130 e 137, também 188-189. O Professor Manuel de Andrade prossegue referindo que o verdadeiro sentido da norma não é estático, mas cambiante, sendo que o elemento da *ratio legis* na operação interpretativa assume uma função de “*não só de disciplinar novas situações, atraindo-as para a sua órbita (...) mas até de se carregar de sentidos novos, de produzir novos conteúdos com que se vá acomodando a novas necessidades práticas e a novos ideais de justiça*”, Andrade, 1963: 22-23, 16-17, 57-59.

94 Orientação desenvolvida em Castanheira Neves, 2013: 84 e ss.: “*a interpretação é o acto metodológico de determinação do sentido jurídico-normativo de uma fonte jurídica em ordem de obter dela um critério jurídico no âmbito de uma problemática[a] realização do direito (...) isto significa (...) por outro lado, que a interpretação, ao propor-se referir a uma fonte-norma interpretanda às concretas exigências ou ao mérito concreto do problema jurídico a resolver, para que possa ser um critério adequado da sua solução*”.

95 Com larga adesão na jurisprudência portuguesa: acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03.03.2005, processo n.º 04S1901 [Vitor Mesquita], disponível via www.dgsi.pt; acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14.12.2006, processo n.º 06S1826 [Vasques Dinis], disponível via www.dgsi.pt; o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26.10.2017, processo n.º 35457/15.6T8LSB.L1.S1 [Ana Luísa Geraldes], disponível via www.dgsi.pt; acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26.04.2018, processo n.º 1052/078TTSTB.E3 [João Nunes], disponível via www.dgsi.pt; acórdão do Tribunal da Relação Guimarães, de 13.03.2014, processo n.º 251/13.8TBGM.R.G1 [António Santos], disponível via www.dgsi.pt; acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.07.2019, processo n.º 9441.17.3T8LSB.L1-2 [Gabriela Cunha Rodrigues], disponível via www.dgsi.pt; acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07.04.2014, processo n.º 344/13.1TTMAI.P1 [João Nunes], disponível via www.dgsi.pt.

96 Engisch, 1979: 112, também reafirmado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 11/96, Processo n.º 86153, Diário da República n.º 269/1996, Série I-A de 1996-11-20, páginas 4191 – 4192. Com a mesma preocupação, vide Menezes Cordeiro, 2012: 447 e ss, 452 e ss.: “*A compartimentação nas operações de realização do Direito não resiste à própria observação da realidade*”, cfr. Menezes Cordeiro, 1988: 759-763, 767-768.

pretende resolver problemas por si identificados, logo, a sua aplicação deve também estar dirigida à sua resolução. Cremos que as posições discutidas nos devem levar a uma determinada direção. A ordem jurídica ao conferir posições jurídicas ativas, através da tutela de direitos e interesses, exprime um espectro valorativo no sentido da maximização ou valorização daquelas proposições. A ordem jurídica não consagra verdadeiramente um direito se não estabelece condições (práticas) para o seu exercício. Neste âmbito, no nosso entender, cumpre evitar a escolha de caminhos na interpretação-aplicação do Direito que levem a consequências equivalentes à impossibilidade prática do exercício ou do reforço dos direitos. Retomem-se as preciosas palavras de António Castanheira Neves, “*a interpretação jurídica só será entendida em termos metodologicamente correctos se for vista como a determinação normativo-pragmaticamente adequada de um critério jurídico do sistema do direito vigente para a solução do caso decidendo*”⁹⁷, de seguida reforçadas pelo Pedro de Albuquerque “*A consideração de que a ponderação dos efeitos ou do resultado interpretativo é um verdadeiro elemento do processo de compreensão e aplicação do Direito não pode sofrer hoje impugnação séria*”⁹⁸.

Assim, independentemente da aplicação do princípio da efetividade, tanto o intérprete como o julgador não podem ser indiferentes às impossibilidades práticas do exercício das posições conferidas pelo *private enforcement* do Direito da Concorrência, devendo procurar a solução que maximiza as utilidades protegidas pelo ordenamento. Porém, desde que não comprometa o ordenamento, inserindo a aplicação do Direito nos princípios e valores com incidência no caso⁹⁹. Como em tudo, o limite consiste nas valorações jurídicas. As ações coletivas e os acordos de financiamento do contencioso devem ter o mesmo destino comumente afirmado na obra de Frank Herbert “*Dune*”, “*the spice must flow*”.

97 Castanheira Neves, 2013: 142 e 144. Também seguido na jurisprudência, v.g., o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18.10.2018, processo n.º 147/13.3JELSB.L1.S3 [Nuno Gomes da Silva] disponível via www.dgsi.pt.

98 Albuquerque, 2019: 218, igualmente sobre as referidas temáticas as pp. 85-86 e 140-149. Pugnando, pela relevância das consequências do resultado interpretativo no caso concreto, vide Menezes Cordeiro, 2012: 727-728; Menezes Cordeiro, 1988: 765-766. Por fim, “*a consequencial consistência prática é o que deverá resultar da realização do direito de problemático-concreta justiça normativo-material – e é esse objectivo o que regulativamente orienta todo o esquema metódico da decisão judicativa que temos vindo a propor (...) a consideração daquele resultado não é um critério, mas o próprio objetivo e o sentido da metodológica realização do direito*”, cfr. Castanheira Neves, 2013: 205.

99 Barbosa, 2019: 171-174.

4. PROVA – COMENTÁRIOS

Chegado a este momento, não podemos dedicar o conteúdo e extensão de tratamento que merece a matéria da prova¹⁰⁰, muito menos refletir com detalhe sobre os temas abordados. De todo modo, deixamos algumas considerações que cremos como relevantes.

Referiu-se que a decisão de litigar está sujeita a uma ponderação de custo-benefício. Também a decisão das partes litigantes pela recolha, produção e investigação de prova está sujeita a esta ponderação¹⁰¹. Em resultado, a parte investe na atividade probatória mais propensa ao convencimento do julgador e desiste daquela menos eficaz, ainda que condiga à verdade material. Do mesmo modo, cada parte assume preocupações contraditórias, carregando meios de prova que sustentem a sua versão factual, culminando numa desconfiança das informações trazidas pelas partes e com o eventual prejuízo para a determinação exata dos factos¹⁰², o que apenas pode ser corrigido com um forte – imparcial, pragmático e preocupado com a efetividade dos direitos – poder inquisitório do julgador.

Do contexto anteriormente debatido sobre a fragilidade da posição judicial do lesado resulta em geral: 1) uma dificuldade no acesso à informação; 2) uma dificuldade na comprovação da veracidade dessa informação em juízo; e em especial 3) uma dificuldade do acesso a elementos e à comprovação da infração; 4) uma dificuldade no acesso a elementos e à comprovação das repercussões da infração (os danos), mais propriamente, sobre a relação da conduta infratora com os danos. Esta fragilidade há de resultar, na prática, numa falta de efetividade ou proteção dos direitos dos lesados. Além do mais, a complexidade de contexto económico das condutas acentua a importância da prova pericial nesta sede¹⁰³.

Sem desprimor por todas as dificuldades enfrentadas, cumpre apreciar os mecanismos que já existem. Existem três pontos de destaque na análise probatória: 1) o ónus da prova; 2) acesso aos meios de prova; e 3) as presunções. De notar que as normas relativas ao acesso aos meios de prova e as relativas ao ónus da prova na responsabilidade extracontratual apoiam-se em

100 Na idade média, a importância dedicada à atividade probatória era tal que se crera na intervenção divina nas controvérsias judiciais através dos chamados ordálios, ou seja, práticas consistentes em técnicas baseadas em tradições culturais como a prova do “caldeirão fervente”, cujos resultados seriam interpretados como sinais de juízos divinos, cfr. Taruffo, 2010: 15 e ss..

101 Posner, 1999: 1481 e ss..

102 Parker & Kobayashi: 2000: 294.

103 Pereira, 2017: 664.

pressupostos pouco verosímeis no *private enforcement* do Direito da Concorrência: *para conhecer os seus danos, o lesado estaria em melhor posição que o lesante.*

Como defendido *supra*, o ónus da prova desempenha um papel fundamental, pois, na dúvida do julgador, permite-o decidir num certo sentido (artigo 414.º do CPC), provocando incentivos à parte onerada no sentido de carrear meios de prova para o processo¹⁰⁴, trazendo um certo conforto ou segurança à parte não onerada, uma vez que na incerteza, a decisão lhe é favorável. Por isso sustentamos que o ónus da prova possui uma função decisória – determina o sentido da decisão em caso de dúvida – e uma função ordenadora, pois estabelece *quem deve provar o quê*, através da definição consequências ao respetivo fracasso (o facto tem-se como não provado)¹⁰⁵, alinhando os incentivos das partes aos interesses da justiça processual. Neste quadro, a parte onerada com o ónus da prova suporta o custo inicial da investigação respeitante ao litígio¹⁰⁶. Em conformidade com as regras gerais (artigo 483.º do Código Civil *ex vi* do artigo 3.º da LPE e artigo 342.º do Código Civil), o ónus da prova dos pressupostos da responsabilidade civil recai sobre o lesado¹⁰⁷, salvo em caso de inversão do ónus da prova, nomeadamente pelo estabelecimento de presunções (artigo 344.º do Código Civil). Ora, tendo o lesado o ónus da prova, as suas condições de acesso aos meios de prova assumem larga importância.

Relativamente ao acesso dos meios de prova¹⁰⁸, a ponderação de custos-benefícios do agente varia em função do modelo em causa “*stand-alone*” ou “*follow-on*”, sendo que o ónus da prova no *follow-on* é facilitado¹⁰⁹. No modelo *follow-on*, o lesado procura o ressarcimento de danos causados por uma infração declarada pelas autoridades de concorrência, sendo que se aplica uma presunção inilidível da existência, natureza e âmbito material, subjetivo, temporal e territorial da infração declarada pela Autoridade da Concorrência através de decisão definitiva, ou por um tribunal de recurso, através de decisão

104 Rosenberg: 32; Pires Salpico, 2020c: 47-48. Na consideração interessante de Richard Posner a propósito das regras do ónus da prova, “*a lei não pode forçar as partes a procurar mais do que o caso vale para elas apenas porque a procura adicional lhes conferiria um benefício social. Mas pode obrigá-los a recolher um pouco mais de provas do que se fossem deixados à sua própria sorte*” (tradução nossa), cfr. Posner, 1999: 1491.

105 Pires Salpico, 2020c: 47.

106 Hüschelrath & Peyser, 2013: 597.

107 Visto que os pressupostos são factos constitutivos do direito à reparação invocado pelo lesado cfr. o artigo 342.º n.º 1 do Código Civil.

108 Para um tratamento mais completo, *vide* Rossi & Sousa Ferro, 2015: 131 e ss..

109 Wils, 2017: 15-17; Rossi & Sousa Ferro, 2013: 69.

transitada em julgado (artigo 7.º n.º 1 da LPE). Este fenómeno corresponde ao chamado *binding effect* das decisões de *public enforcement*¹¹⁰, que pode atenuar os problemas probatórios e concentrá-los na causalidade e quantificação dos danos. Já no modelo *stand-alone*, o lesado constrói o pedido da tutela ressarcitória com base numa infração que não foi declarada ou descoberta, devendo prová-la em juízo, sem deixar de provar a sua relação com os danos sofridos.

Conforme salientado, normalmente, os consumidores desconhecem o verdadeiro conteúdo das práticas, e ainda mais a sua natureza anticoncorrencial. Todavia, o quadro de acesso à informação das práticas pode ser mitigado nas restrições verticais, pela maior proximidade contratual das partes¹¹¹, o que, porém, não elimina as dificuldades na incerteza do conhecimento da fronteira da licitude¹¹².

A disciplina do acesso aos meios de prova vem atualmente prevista nos artigos 12.º a 18.º da LPE, mantendo-se algumas normas da disciplina geral regulada pelo artigo 417.º do CPC. No essencial, as partes podem pedir que o Tribunal ordene à outra parte ou a um terceiro, incluindo a entidades públicas, a apresentação de meios de prova que se encontrem em seu poder (artigo 12.º n.º 1 da LPE), desde que o pedido seja fundamentado com factos e meios de prova razoavelmente disponíveis e suficientes para corroborar a plausibilidade do pedido de indemnização ou da defesa e indica os factos que se quer provar (artigo 12.º n.º 2 da LPE), guiando-se pelo princípio da proporcionalidade (artigo 12.º n.º 5 da LPE). Os lesados mantêm a tutela no acesso aos documentos quanto aos meios de prova constantes de um processo de uma autoridade de concorrência (artigo 14.º da LPE). Por outro lado, o acesso aos meios de prova pode ser pedido mesmo antes da existência de ação de indemnização (artigo 13.º da LPE), significando que o lesado que pretenda conhecer da existência de uma infração por parte de um agente, poderá pedir ao Tribunal a apresentação de meios de prova na posse do infrator, em caso de recusa deste. Em qualquer caso, entre o acesso aos meios de prova vigora um dever de cooperação probatória entre as partes e o Tribunal (artigos 12.º a 14.º da LPE). Na falta de cooperação, o julgador deve considerar como um indício desfavorável,

110 Sobre esta questão, Sousa Ferro, 2019: 51-80.

111 Por isso se diz o modelo *follow-on* pode ser mais favorável nos acordos e práticas horizontais e que o modelo *stand-alone* é preferível nos acordos verticais. Sobre esta ideia, cfr. Hüschelrath & Peyser, 2013: 604-606.

112 Segal & Whinston, 2006: 4-5; Hüschelrath & Peyser, 2013: 599-600; Bergh, 2013: 13-14.

por exemplo, se a parte tem um acesso facilitado e de baixo custo aos meios de prova e ainda assim recusa em apresentá-los, indiciando que os quer afastar por lhe serem desfavoráveis¹¹³. Por outro lado, se o lesante se recusar a fornecer ou viciar meios de prova, causando culposamente a impossibilidade de prova pelo lesado, o ónus da prova inverte-se contra o lesante (artigo 344.º n.º 2 do Código Civil¹¹⁴, *ex vi* do artigo 18.º n.º 4 da LPE). Mas entendemos que se deve ir mais longe. Na nossa posição esta inversão do ónus da prova deve operar mesmo se a impossibilidade de prova foi causada anteriormente ao processo ou qualquer outra diligência judicial¹¹⁵. Assim, se o lesante previamente à ação de indemnização vicia os meios de prova, preenchidos os pressupostos do regime, deve inverter-se o ónus da prova contra o lesante, devendo este agora demonstrar que não é responsável. Também já defendemos que o artigo 344.º n.º 2 também se aplica a factos instrumentais, isto é, se os infratores causarem a impossibilidade de prova dos factos-base para desencadear uma presunção a favor do lesado, deve inverter-se o ónus da prova e o facto deve dar-se como presumido, salvo prova em contrário¹¹⁶.

Relembre-se que a matéria joga com o direito fundamental à prova já reconhecido pelo Tribunal Constitucional, retirado do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa¹¹⁷. Além disso, visto que os meios de prova permitem o exercício judicial do direito invocado (permitindo a prova dos factos necessários) e, também o exercício do direito mesmo no momento substantivo¹¹⁸, entendemos que são *meios de exercício do direito*, integrando o seu conteúdo¹¹⁹. Logo, uma viciação nos meios de prova subsume-se não

113 Posner, 1999: 1492-1493.

114 Para os pressupostos e problemática do regime do artigo 344.º n.º 2, *vide* Pires Salpico, 2020c. Entendemos que os pressupostos do regime se subsumem em: 1) uma conduta ilícita; 2) uma conduta culposa; 3) a impossibilidade de prova; 4) o nexó de causalidade entre a conduta e a impossibilidade de prova.

115 Cfr. Pires Salpico, 2020c: 53 e ss..

116 Cfr. Pires Salpico, 2020c: 69. Defendemos, igualmente, a possibilidade de intentar uma ação de responsabilidade civil por perda de chance, quando o autor perde a ação em virtude da destruição culposa da prova, causadora de impossibilidade de prova, para a fundamentação *vide* Pires Salpico, 2020c: 60-63.

117 O Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 86/88, processo n.º 235/86 [Messias Bento], disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880086.html>; Pires Salpico, 2020c: 56-58, e 60-62.

118 Nas relações substantivas, além do evidente exemplo das exigências de forma *ad substantiam*, os particulares necessitam dos meios de prova dos seus direitos para os comprovarem e exercerem. Por exemplo, no caso dos cheques, o portador deve exhibir o documento para o exercício do direito cartular, cfr. Pires Salpico, 2020c: 57.

119 Cfr. Pires Salpico, 2020c: 56-57.

só na violação do direito fundamental à prova, mas também na violação do direito substantivo invocado¹²⁰.

Por último, para lá do *binding effect* do *public enforcement* (artigo 7.º n.º 1 da LPE), existem outras presunções relevantes. Na génese das presunções legais, normalmente se procura uma elevada correlação entre os factos-base e os factos presumidos¹²¹, mas também pode estar subjacente a facilidade ou dificuldade no acesso aos meios de prova¹²², nomeadamente, expressa nos custos da produção de prova para as partes¹²³. Como presunções legais relevantes temos: 1) a presunção ilidível de que os cartéis são responsáveis pelos danos (artigo 9.º n.º 1 da LPE), o que equivale a uma presunção da existência de danos na verificação de infração; 2) presunção ilidível de repercussão dos custos nos clientes indiretos (artigo 8.º n.º 3 da LPE), portanto se o lesado direto da infração não é, por exemplo, um consumidor final, mas contrata com este, presume-se que repercutiu o seu dano para o consumidor. Resta referir, têm sido esquecidas as presunções judiciais, que são presunção feitas pelo julgador resultantes de inferências fundadas nas regras de experiência e no curso normal dos factos¹²⁴ (artigos 351.º do Código Civil e 607.º n.º 4 do CPC.). No nosso entender, visto que se presencia uma área técnica com elevada complexidade económica, os estudos da ciência e doutrina económica não poderão ser irrelevantes para o julgador na formação destas presunções. Portanto, o julgador deve considerar os estudos da ciência económica, por exemplo, no domínio da prova de uma subida de preços, ou na correlação entre uma prática económica e perdas de bem-estar (*v.g.* dos consumidores).

5. CONCLUSÃO

Chegado a este ponto, enfrentam-se caminhos difíceis no reforço das posições conferidas ao lesados no contexto de infrações de Direito da Concorrência. A evolução da regulação do *private enforcement* deve continuar, mas não se deve esquecer da sua própria operacionalidade. Testemunhámos a existência

120 Cfr. Pires Salpico, 2020c: 56-57.

121 Pires de Sousa, 2017: 17-20, 31-32, 102; Cendon & Ziviz, 1992: 769-770.

122 Verde, 1992: 730; Patti, 1990: 712; Lynce de Faria, 2018: 70. Pires Salpico, 2020c: 50-51.

123 Parker & Kobayashi: 2000: 299.

124 Chioyenda, 1977: 372; e Teixeira de Sousa, 1997: 212. Note-se que a derrotabilidade destas presunções não se faz pela prova do contrário, mas pela *contraprova* (artigo 346.º do Código Civil), devendo-se suscitar a dúvida no espírito do julgador.

de um contexto de impossibilidade ou excessiva dificuldade no reforço das posições dos particulares, seja jurídico, social e económico, seja no contexto probatório. Tal contexto deverá ser absorvido pelo aplicador na interpretação e aplicação das normas no caso concreto, devendo privilegiar uma solução que não inviabilize as posições conferidas aos lesados pelo Direito. Neste âmbito vigora o princípio da efetividade, mas mesmo antes deste, assume-se uma preocupação idêntica no contexto da metodologia jurídica.

De todo o modo, discutimos as vantagens das ações coletivas e do *third-party litigation funding* enquanto soluções para a excessiva dificuldade do reforço do *private enforcement* do Direito da Concorrência. Por um lado, procurámos demonstrar que não existe ilicitude em função das atividades em si. Por outro, mesmo de um ponto de vista económico, tentamos descredibilizar estruturalmente as críticas dirigidas à possibilidade de uma litigância abusiva e de litigância excessiva. Primeiro, as críticas sofrem de uma difícil verificação prática. Em segundo, ainda assim, o regime português da ação popular permite realizar um controlo adequado destes riscos, caso eles se concretizem na realidade. Proibir liminarmente e limitar excessivamente a aplicação destas figuras apenas irá provocar uma inviabilização e esvaziamento do conteúdo dos direitos dos lesados por infrações ao Direito da Concorrência.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Pedro de
2019 *Direito das Obrigações, Contratos em especial, volume I*, 2.^a edição, Coimbra: Almedina
- ALEXY, Robert
1992 “Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse”, in *Ratio Juris*, vol. 5 n.º 2 (julho), pp. 143-152
- AMADO GOMES, Carla
2016 “Legitimidade processual popular, litispendência e caso julgado”, in *O Direito*, Ano 148.º (I), pp. 33-52
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de
1963 *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, 2.^a edição, Coleção Cultura Jurídica, Arménio Amado, Coimbra: Coimbra
- ARAÚJO, Fernando
2012 *Introdução à Economia*, 3.^a edição, Coimbra: Almedina

ASCENSÃO, Oliveira

2003 “A proteção do investidor”, in *Direito dos Valores Mobiliários, Volume IV*, pp. 18 e ss.

BARBOSA, Mafalda Miranda

2019 “A proscrição do conflito de interesses no direito civil, considerações acerca do artigo 261.º, CC”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 79 – vol. I/II, pp. 171-174

BECKER, Gary S.

1968 “Crime and Punishment: An Economic Approach”, in *Journal of Political Economy*, vol. 76, n.º 2, pp. 169-217

BECKER, Gary S. & STIGLER, George

1974 “Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers”, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 3, n.º 1 (jan.), pp. 1-18

BERGH, Roger Van Den

2013 “Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem”, in *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 20-1, pp. 12-24

BREIT, William & EZLINGA, Kenneth G.

1974 “Antitrust Enforcement and Economic Efficiency: The Uneasy Case for Treble Damages”, in *The Journal of Law & Economics*, vol. 17, n.º 2 (out.), pp. 329-356

CASTANHEIRA NEVES, A.,

2013 *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra

CENDON, Paolo & ZIVIZ, Patrizia

1992 “L’inversione dell’onere della prova nel diritto civile”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 46, n.º 3 (setembro), pp. 757-796

CHIOVENDA, Jose

1977 *Princípios de derecho procesal civil, Tomo II*, (Trad. Jose Casais Y Santaló), Instituto Editorial Reus, Madrid: Reus

CONNOR, John

2006 “Optimal Deterrence and Private International Cartels”, *Working Paper Purdue University*, pp. 1-42

CORREIA, António Simões

1958 *Dicionário de Adágios e princípios jurídicos, volume I*, Lisboa: Livraria Ferin

COUTINHO«DE ABREU, Jorge

2011 “La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia en Portugal”, in L.A. Velasco San Pedro y otros (dir.), *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Valladolid: Lex Nova, pp. 103-114

- DE CUPIS, Adriano
1975 *El Daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil* (Trad. Ángel Martínez Sarrión), 2ª edição, Barcelona: Casa Editorial S.A.
- DUNNE, Niahm
2014 “The Role of Private Enforcement within EU Competition Law”, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 16, pp. 143-187
- ENGISCH, Karl
1979 *Introdução ao Pensamento Jurídico* (Trad. J. Baptista Machado), 5ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian
- FERRARA, Francesco
1963 *Interpretação e Aplicação das Leis*, 2ª edição, Coleção Cultura Jurídica, Arménio Amado, Coimbra: Coimbra
- FRESE, Michael J.
2011 “Fines and Damages under EU Competition Law: Implications of the Accumulation of Liability”, in *World Competition Law and Economics Review*, vol. 34, n.º 3, pp. 397-432
- HENRIQUES, Duarte Gorjão
2015 “Third Party Funding” ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 3-4 (julho-dezembro), pp. 573-624
- HENRIQUES, Duarte G & ALBUQUERQUE, Joana
2017 “Portugal”, in *The third-party litigation funding law review*, Londres, pp. 112-124
- HÜSCHEL RATH, Kai & PEYER, Sebastian
2013 “Public and Private Enforcement of Competition Law: A Differentiated Approach”, in *World Competition*, vol. 36, n.º 4, pp. 586-614
- HYLTON, Keith N.
2012 “The Economics of Third-party Financed Litigation”, in *Journal of Law, Economics & Policy*, vol. 8, n.º 3 (primavera), pp. 701-741
- IOANNIDOU, Maria
2015 *Consumer Involvement in Private EU Competition Law Enforcement*, Oxford: Oxford University Press
- JUSTO, A. Santos
2018 *Manual de Direito Privado Romano*, 2ª edição, Lisboa: Petrony
- KAPLOW, Louis & SHAVELL, Steven
1999 “Economic Analysis of Law”, in *Harvard Law School and National Bureau of Economic Research*, Discussion Paper n.º 251

KELSEN, Hans

1960 *Teoria Pura do Direito* (Trad. João Baptista Machado, 7.^a edição), Coimbra: Almedina

KOCH, Harald

2014 “Mass Damage in Europe: Aggregation of Claims, Effective Enforcement and Adequate Representation”, in *Mass Torts: Cases and Reflections*, vol. 34, pp. 157-171

LOURENÇO, Paula Meira

2006 *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Coimbra Editora

LYNCE DE FARIA, Rita

2018 *A Inversão do Ónus da Prova no Direito Civil Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora

MALINAUSKAITE, Jurgita

2019 *Harmonisation of EU Competition Law Enforcement*, Springer, Cham

MENEZES CORDEIRO, António

1988 “Ciência do Direito e Metodologia Jurídica”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, pp. 697-772

2012 *Tratado de Direito Civil*, vol. I, 4.^a edição, Coimbra: Almedina

MICELI, Thomas J.

2004 *The Economic Approach to Law*, Stanford California: Stanford University Press

MONTEIRO, Jorge Sinde

1989 *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra: Almedina

MOTA PINTO, Paulo

2008 *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, volume I*, Coimbra: Coimbra Editora

NAGY, Csongor István

2019 *Collective Actions in Europe: A Comparative, Economic and Transsystemic Analysis*, Springer, Cham

2020 “The Reception of Collective Actions in Europe: Reconstructing the Mental Process of a Legal Transplantation”, in *Journal of Dispute Resolution*, Iss. 2, art. 12, pp. 413-444

OTERO, Paulo

1999 “A ação popular: configuração e valor no actual Direito Português”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, pp. 872-893

- PARKER, Jeffrey S. & KOBAYASHI, Bruce H.
2000 “Evidence: General Economic Analysis”, in *George Mason University Law and Economics Research Paper Series*, pp. 294-306
- PATRÍCIO, Miguel Teixeira
2005 *Análise Económica da Litigância*, Coimbra: Almedina
- PATTI, Salvatore
1990 “Ripartizione dell’onore, probabilita e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto”, in *Rivista di Diritto Civile*, 36, n.º 5 (setembro-outubro), pp. 705-721
- PEREIRA, Alexandre L. Dias
2017 “Private Enforcement do direito antitrust: novas perspetivas sobre a aplicação privada do Direito da Concorrência com a Diretiva 2014/104/UE”, in *Revista de Direito Comercial*, pp. 656-676
- PIRES DE SOUSA, Luís Filipe
2017 *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra: Almedina
- PIRES SALPICO, Nuno A.
2020a “As restrições à concorrência nas plataformas de cartões de pagamento através das Interchange Fees”, in *Revista de Concorrência & Regulação*, n.º 41, pp. 37-73
2020b “A inversão do ónus devido a impossibilidade de prova culposamente causada (art. 344º/2 CC)”, in *Revista Ius Dictum*, n.º 2, pp. 45-75
2020c “A compensatio lucri cum damno por violação de direitos de personalidade”, in *Revista de Direito Civil*, n.º 2, pp. 305-351
- POLINKSY, A. Mitchell & SHAVELL, Steven
1999 “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, in *NBER Working Paper*, n.º 6993, pp. 1-54
- Posner, Richard A.
1983 *The Economics of Justice*, Massachussets e Londres: Harvard University Press
1986 *Economic Analysis of Law*, 3ª edição, Boston: Little, Brown and Company
1999 “An Economic Approach to the Law of Evidence”, in *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n.º 66, pp. 1-85
2001 *Antitrust Law*, 2ª edição, Chicago e Londres: The University of Chigado Press
- PURI, Poonam
1998 “Financing of Litigation by Third-Party Investors: A Share of Justice”, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 36, n.º 3, pp. 515-566

RICHMOND, Francesca

2019 “Collective or Class Actions and Claims Aggregation in the EU: the Defendant’s Perspective”, in *Private Litigation Guide*, GCR, Londres, pp. 62-69

RODGER, Barry; SOUSA FERRO, Miguel & MARCOS, Francisco

2018 “Transposition: Key Issues and Controversies”, in *The EU Antitrust Damages Directive Transposition in the Member States*, Oxford: Oxford University Press.

ROSENBERG, Leo

2002 *La Carga de la Prueba* (Trad. Ernesto Krotoschin), 2ª edição, Montevideo-Buenos Aires: editorial BdeF

ROSSI, Leonor & SOUSA FERRO, Miguel

2013 “Private Enforcement of competition law in Portugal (II): actio popularis – facts, fictions and dreams”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 13, pp. 35-87

2015 “O “Private Enforcement do Direito da Concorrência e o Acesso a Elementos de Prova”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 22, pp. 131-195

SCHREIBER, Till & SEEGER, Martin

2019 “Collective or Class Actions and Claims Aggregation in the EU: the Claimant’s Perspective”, in *Private Litigation Guide*, Londres, GCR, Londres, pp. 49-61

SEGA, Ilya & WHINSTON, Michael

2006 “Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey”, in *John M. Olin Program in Law and Economics Stanford Law School Working Paper*, n.º 335, pp. 1-17

SÉRVULO CORREIA, J. M.

2008 “Efectividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito da concorrência através de meios processuais administrativos e civis”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Volume II*, pp. 1747-1789

SHAVELL, Steven

1982 “The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System”, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 11, n.º 2 (jun), pp. 333-339

SMUDA, Florian

2012 “Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law”, in *Zew Discussion Paper*, 12-050, pp. 1-25

- Sousa Ferro, Miguel
 2016 “Jurisprudência de private enforcement”, in *Jurisprudência portuguesa de Direito da Concorrência* (ebook disponível em http://www.cideeff.pt/xms/files/Projeto_4_grupo_III/Jurisprudencia_de_Private_Enforcement.pdf)
- 2019 “Antitrust Private Enforcement and the Binding Effect of Public Enforcement Decisions”, in *Market and Competition Law Review*, volume iii, n.º 2 (outubro), pp. 51-80
- SUNSTEIN, Cass R.
 2000 “Cognition and Cost-Benefit Analysis”, in *John M. Olin Law & Economics Working Paper* n.º 102, agosto, pp. 1-47
- TARUFFO, Michele
 2010 *Simplemente la verdad, El juez y la construcción de los hechos* (Trad. Daniela Accatino Scagliotti), Madrid: Marcial Pons
- TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel
 1997 *As partes, o objeto e a prova*, Lisboa: Lex
- VARELA, João Antunes
 1994 *Das Obrigações em Geral, Volume I*, 8ª edição, Coimbra: Almedina
- VELJANOVSKI, Cento
 2012 “Third-Party Litigation Funding in Europe”, in *Journal of Law, Economics & Policy*, vol. 8, n.º 3 (primavera), pp. 405-450
- VERDE, Giovanni
 1992 “L’inversione degli oneri probatori nel processo”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 46, n.º 3 (setembro), pp. 715-731
- VIEIRA GOMES, Júlio
 1989 “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?”, in *Revista de Direito e Economia*, ano 15
- WAGNER, Gerhard
 2007 “Should Private Enforcement of Competition Law be Strengthened”, in *The More Economic Approach to European Competition Law*, pp. 115-129
- WILS, Wouter P. J.
 2006 “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, in *World Competition*, vol. 29, n.º 2, pp. 1-32
- 2009 “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, in *World Competition*, vol. 32, n.º 1, pp. 3-26
- 2017 “Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement, Past, Present and Future”, in *World Competition*, vol. 40, n.º 1, pp. 3-46

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de março de 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*, C-106/77, EU:C:1978:49

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 19 de junho de 1990, *Factortame*, C-213/89, EU:C:1990:257

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de novembro de 1995, *Francoovich*, C-479/93, EU:C:1995:372

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de julho de 1997, *Palmisani/INPS*, C-261/95, EU:C:1997:351

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 20 setembro de 2001, *Courage and Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de julho de 2006, *Manfredi*, C-295/04, EU:C:2006:461

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de junho de 2011, *Pfleiderer AG*, C-360/09, EU:C:2011:389

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de novembro de 2012, *Otis e o.*, C-199/11, EU:C:2012:684

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de junho de 2013, *Donau Chemie AG*, C-536/11, EU:C:2013:366

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 junho de 2014, *Kone AG*, C-557/12, EU:C:2014:1317

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 28 de março de 2019, *Cogeco Communications*, C-637/17, EU:C:2019:263

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15.10.1996, processo n.º 86153

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.09.1997, processo n.º 97B503

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.10.2003, processo n.º 03A1243

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03.03.2005, processo n.º 04S1901

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14.12.2006, processo n.º 06S1826

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26.10.2017, processo n.º 35457/15.6T8LSB.L1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18.10.2018, processo n.º 147/13.3JELSB.L1.S3

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26.04.2018, processo n.º 1052/078TTSTB.E3

Acórdão do Tribunal da Relação Guimarães, de 13.03.2014, processo n.º 251/13.8TBGMR.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.07.2019, processo n.º 9441.17.3T8LSB.L1-2

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07.04.2014, processo n.º 344/13.1TTMAI.P1