

Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa

O Risco de Litigância Abusiva no âmbito das Acções Colectivas



Bruno Miguel de Lima Antunes
Mestrado Forense
Professor Doutor Henrique Sousa Antunes
30 de Março de 2012

Índice

Introdução	3
A diversidade de abusos	8
Meios de combate à Litigância Abusiva	12
Proibições ao <i>forum shopping</i>	12
Restrições à legitimidade para propositura de acções colectivas, Certificação, Aprovação prévia	15
Aplicação de um Sistema de Consentimento Prévio ou Opt-in	23
Restrições e proibições à possibilidade de condenação ao pagamento de indenizações sancionatórias, os <i>punitive damages</i> ou <i>non-economic damages</i>	30
Princípio “quem perde, paga” ou “perdedor-pagador” (Loser Pays Rule)	34
Justiça nos valores dos honorários dos advogados e nos acordos celebrados pelas partes	41
Posição Adoptada	49
Bibliografia	52
Publicações Disponíveis na Internet	56

Introdução

O principal objectivo visado pela elaboração deste trabalho consubstancia-se na tentativa de se proceder a um contributo útil no que à discussão em torno da temática da tutela colectiva (na área do Direito do Consumo) diz respeito. Cremos que este trabalho se pode traduzir numa abordagem proveitosa para a legislação europeia, relativa à tutela colectiva, que está, em nosso entender, em vias de se concretizar. Cumpre, no entanto, salvaguardar que este nosso estudo não procura abordar de forma demasiado abrangente toda a problemática das acções colectivas de Direito do Consumo. Tal esforço, embora sempre produtivo, pela quantidade de informação que por nós seria apreendida, tendo em vista a elaboração do trabalho, tornar-se-ia, por certo, um pouco inglório, tal é a vastidão que este tema encerra.

Na realidade, a nossa análise centrar-se-á no risco de litigância abusiva no que a acções colectivas diz respeito, uma vez que este parece ser um dos principais problemas com os quais a União Europeia, enquanto uniformizadora de legislação, terá de lidar, se for seu intuito (e cremos que é) evitar que os abusos, verificados em sistemas como o americano, tenham novo palco, desta feita, no velho continente.

De facto, se atendermos à diversidade de vantagens que as acções colectivas compreendem - como a maior eficiência das acções judiciais, uma vez que são menores o tempo e os recursos despendidos; diminutos custos, quando comparados com as acções singulares; o alargamento dos casos em que o ressarcimento dos danos é possível, dado que muitas vezes os lesados não intentam uma acção singular pelo simples facto de os custos advindos dessa acção serem maiores que as compensações eventualmente obtidas; uma melhor eficácia do efeito dissuasor tendo em vista a alteração do comportamento do lesante; a possibilidade de se evitar que um dos lesados obtenha, de algum modo, prioridade ou tratamento mais favorável no que ao ressarcimento dos danos sofridos diz respeito, uma vez que nas acções individuais, ao contrário das acções colectivas, é possível que um dos lesados ao intentar a acção judicial contra o lesante, impeça, pela execução do património deste (que responderá na falta de capacidade financeira para satisfazer a indemnização), a compensação dos demais lesados; bem como a uniformização das decisões judiciais (em casos

semelhantes) no que respeita à procedência das acções e aos valores recuperados pelos lesados, o que promove maior segurança jurídica – verificaremos que o risco de exercício abusivo da tutela colectiva é grande.

Ora, é com agrado que acolhemos as recentes diligências envidadas na União Europeia (de ora em diante UE), com o objectivo de evitar os erros cometidos noutras paragens na criação de uma legislação coesa e cabalmente uniformizada.

Desde logo, cumpre ter presente o Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a “Definição do papel e do regime das acções colectivas no domínio do direito comunitário do consumo” de 13 e 14 de Fevereiro de 2008 que foca a necessidade de se regular o regime das acções colectivas à escala europeia.

Também, e com especial importância, o Livro Verde, de 27 de Novembro de 2008, elaborado pela Comissão Europeia, lança a problemática da necessidade, ou não, de acção europeia em torno da tutela colectiva¹. São propostas várias tomadas de posição a este propósito, sendo que nos parece de rejeitar à partida a primeira opção, que se consubstancia na inacção da UE. A nosso ver, embora sem querer antecipar abusivamente o desenvolvimento do nosso trabalho, a opção a acolher deverá ser a quarta, que promove um mecanismo judicial (único) de tutela colectiva, na medida em que é a que melhor resposta dará ao problema da litigância abusiva. As demais propostas limitam-se à cooperação entre Estados-Membros ou à coordenação de instrumentos, o que a nosso ver, constituem respostas, assaz parcas, uma vez que as diferenças entre os regimes dos vários países da UE não permitem uma cooperação adequada aos interesses dos consumidores e empresas.

No dia 4 de Fevereiro de 2011, foi lançada a Consulta Pública na qual se procurou encontrar respostas junto da sociedade para o problema da tutela colectiva. Algumas das questões desta Consulta Pública dizem respeito ao assunto que aqui tratamos e a estas faremos referência, bem como às suas respostas, neste trabalho.

¹ Importa referir que neste documento (através de um estudo da Universidade Católica de Leuven, cujos dados não são da responsabilidade da Comissão Europeia) são fornecidos vários aspectos dos regimes nacionais dos Estados-Membros da UE, dando também nota do aspecto importante de que a média europeia de consumidores mais interessados em defender os seus direitos em tribunal com outros consumidores do que individualmente se cifra nos 76%, número que reflecte os benefícios da tutela colectiva. De assinalar também, que em Portugal 54% perfilham daquela preferência.

Em 22 de Junho de 2011, foi elaborado um projecto de parecer pela Comissão do Mercado Interno e da Protecção dos Consumidores dirigido à Comissão dos Assuntos Jurídicos tendo em vista a inclusão por parte desta, das sugestões proferidas pela primeira, na sua proposta de resolução a aprovar. Parte integrante dessas sugestões são as menções às garantias sólidas contra a litigância abusiva, sustentando-se a necessidade de abdicção da inclusão de aspectos como as indemnizações sancionatórias, os honorários calculados em função do valor recuperado na acção, inexistência de restrições à propositura de acções e indemnizações desmesuradas. Cumpre notar, no entanto, que nos afigura interessante, que neste parecer, se tenha atribuído especial enfoque à necessidade de previsão de garantias eficazes a fim de evitar pedidos infundados e custos desproporcionados para as empresas, não se concedendo igual importância aos consumidores, que, no âmbito do exercício abusivo da tutela colectiva, são, por diversas vezes, uns dos principais prejudicados, conforme veremos neste trabalho.

Já em 15 de Julho, foi criado o projecto de relatório pela Comissão dos Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu, isto é, a proposta de resolução à qual se referia o projecto de parecer, bem como a exposição de motivos. Neste documento, cremos merecer destaque a importância atribuída à restrição da litigância frívola. Tendo em vista a igualdade das partes no processo, são focados, entre outros aspectos, a ideia de que apenas um organismo representativo pode intentar um acção em nome de um grupo, a necessidade de identificação *ex ante* dos membros do grupo, o sistema de *opt-in*, proibição de indemnizações punitivas, o condicionamento dos honorários dos advogados ao resultado e a necessidade de se considerar competente o foro do domicílio do autor da acção, por forma a evitar uma corrida aos tribunais. No entanto, neste relatório, admite-se que a questão relativa ao pagamento das custas pela parte que perde a acção, apenas merece uma abordagem nacional, o que nos leva a questionar a razão pela qual, esta Comissão, não entende como necessária a uniformização da legislação europeia a este respeito. De resto, o mesmo se poderá afirmar em relação às condições ou orientações acerca do financiamento dos pedidos de indemnização, cuja desnecessidade de legislação comum é justificada pelo facto de os Estados-Membros não contemplarem “regra geral, o financiamento por terceiros”. Aliás, o relator, na exposição de motivos, parece sustentar semelhante posição ao considerar que são

imprescindíveis “salvaguardas sólidas e idênticas referentes a aspectos como [...] a aplicação do princípio segundo o qual a parte vencida suporta as custas judiciais”. Verificamos, deste modo, a ausência de consenso a respeito de alguns aspectos a uniformizar.

Também não poderemos deixar de ter em conta as alterações propostas por eurodeputados a este projecto de relatório, datadas de 22 de Setembro, principalmente as que a respeito do nosso trabalho maior interesse avocarão. Estas propostas demonstram, de forma plena, a falta de unanimidade que esta matéria acolhe junto dos órgãos da UE.

De resto, também as declarações recentes da Comissária para a protecção dos consumidores, no sentido de que a UE, ainda que prestando especial atenção ao modelo americano, não adoptará aquilo a que MEGLENA KUNEVA² chama de mistura tóxica de honorários dos advogados condicionados ao sucesso da acção judicial, indemnizações sancionatórias e obrigatoriedade de divulgação dos elementos de prova antes do processo judicial, nos merecem aplauso. De facto, conforme teremos oportunidade de verificar ao longo deste trabalho, foi nos Estados Unidos da América (de ora em diante EUA) que este fenómeno encontrou plena materialização, constituindo um verdadeiro problema naquele país.

No entanto, ainda que já, de algum modo, bem encaminhada (por mostrar linhas mestras sólidas) a uniformização de legislação a este respeito não é um processo tão simples quanto inicialmente se possa pensar na medida em que, apesar de haver, em alguns aspectos alguma proximidade de regimes nacionais, essa semelhança não se verifica em todos os pontos (conforme veremos), existindo até, regimes bastante díspares (havendo países que não entendem por necessária a uniformização do exercício jurídico no âmbito da tutela colectiva), e recordemos que estamos perante uma organização que alberga 27 Estados-Membros.

A nossa preocupação não fica, no entanto, pela diversidade de legislações nacionais europeias. Parece-nos particularmente alarmante a ideia, de que faz nota LISA

² In http://europa.eu/index_pt.htm.

RICKARD³, de que está a ganhar força a vontade de implementação de um estilo americano de litigância na Europa.

Nesta nossa reflexão, analisaremos também a *Federal Rule of Civil Procedure* 23, de 1938, dos EUA, bem como as suas emendas e o *Class Action Fairness Act* de 2005 (para o qual adoptaremos, por vezes, a sigla *CAFA*, utilizada por muitos autores) que introduziu várias alterações ao regime americano a este respeito.

Contudo, não poderemos analisar o objecto deste trabalho ignorando a realidade jurídica portuguesa, sendo necessário reflectir sobre a Lei n.º 83/95 (Lei de Acção Popular) bem como a Constituição e o Código de Processo Civil.

³ *In The Class Action Debate in Europe: Lessons From the U.S. Experience, The European Business Review*, 2012.

A diversidade de abusos

Começaremos este trabalho com a alusão às noções de litigância abusiva que TEIXEIRA DE SOUSA⁴ nos empresta. Desde logo, o autor diferencia conflitos endógenos de conflitos exógenos na análise ao controlo da legitimidade popular no regime português. Nos primeiros o autor engloba a inadequação de representação, a sobre-representação, o problema relativo ao alcance da acção, isto é, a abrangência de eventuais futuros lesados, e a questão da simulação processual. Para efeitos do nosso trabalho, maior interesse terá o último dos aspectos referidos. TEIXEIRA DE SOUSA refere-se aos casos em que o autor e o demandado acordam no pagamento de uma indemnização insignificante tendo em vista o prejuízo dos titulares dos interesses em disputa.

Já quanto aos conflitos exógenos, diferencia os conflitos entre os titulares e o mandatário judicial, e aqueles que se formam entre os titulares e os demandados. Ora, no primeiro conjunto de situações, é destacado o comportamento do advogado que, em sistemas como o americano vê os seus honorários serem fixados em função do valor amealhado na acção.

Assim, esta conduta, que comporta riscos reduzidos e grandes lucros para os advogados (a que alguns autores chamam *entrepreneurial plaintiff's lawyers*⁵) possibilita quer a obtenção, por parte dos advogados, de uma clientela de queixosos disponíveis para intentar acções colectivas, quer a oportunidade de a propositura de acções colectivas se tornar numa prática com carácter quase gratuito para os seus autores. Deste modo, os custos reduzidos que resultam das acções intentadas que não procedem em juízo são compensados, em larga medida, pelos lucros astronómicos das acções procedentes.

Perante este cenário, refere o autor, o mandatário judicial age como *dominus litis*, encara a acção com uma atitude empresarial, controla e financia a acção, e celebra transacções mais vantajosas para si que para os titulares dos interesses em causa.

⁴ In *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, Lisboa, LEX, 2003, página 255.

⁵ A que PAYAM MARTINS atribui a expressão “empresário especializado em assuntos legais” in *Class Actions em Portugal*, Edições Cosmos, Dezembro de 1999, página 111.

Também são mencionadas as circunstâncias em que o mandatário judicial recorre a um “autor de conveniência”, que pode ser quer um dos titulares do interesse difuso que esteja disposto a colaborar (ou a lucrar também), quer uma pessoa colectiva que, sob a aparência da defesa daquele interesse, foi instituída para a realização daquela finalidade.”

Também PAYAM MARTINS⁶ se pronuncia acerca desta circunstância, referindo que “o advogado não é titular de nenhum direito, mas é ele que, uma vez encontrado um componente da classe que lhe atribua a faculdade de ingerir a lide, persegue conscientemente um interesse próprio”.

A este aspecto de potencial conflitualidade é também atribuída especial importância por WILLIAM H. PRYOR JR.⁷ que os agrupa numa quarta categoria concernente aos problemas éticos decorrentes da litigância dirigida pelos advogados. A este respeito lembra o autor que a um advogado que patrocina centenas ou milhares de consumidores será exigida menor responsabilidade por parte dos seus clientes do que nas acções judiciais tradicionais (não colectivas). Refere o autor que os advogados tomam partido dessa falta de responsabilização como no caso em que aqueles recebem duas espécies de honorários, uma como *class counsel* e outra como mandatário judicial.

Regressando à posição de TEIXEIRA DE SOUSA, este refere-se também aos conflitos entre titulares e réus, refere o autor que estas situações “sucede[m] sempre que, contrariando as regras da boa fé, a acção popular seja utilizada pelo autor ou pelo seu advogado como um meio para criar dificuldades – ou mesmo prejuízos – ao demandado.” Elenca neste fenómeno o recurso à tutela colectiva como meio de pressão sobre o réu, e a propositura conciliada de várias acções por vários autores tendo em vista o seu aumento de despesas e inconvenientes.

Além da alusão já realizada a PRYOR JR., este autor identifica, analisando a problemática das acções colectivas no âmbito do regime americano, vários outros tipos de abuso, potenciados pela *Rule 23*, susceptíveis de verificação quando falamos de

⁶ *In op. cit.*, página 111.

⁷ *In A Comparison of Abuses and Reforms of Class Actions and Multigovernment Lawsuits, Tulane Law Review*, Volume 74, 2000, páginas 1889 a 1894.

tutela colectiva. Este autor divide os abusos que identifica em quatro categorias, sendo que a quarta já foi referida.

Uma primeira categoria corresponde ao uso indevido de acções colectivas para propositura de acções de responsabilidade civil em larga escala. Quanto a este tipo de abuso, o autor alerta, na esteira dos comentários do Comité Consultivo às revisões de 1966 à *Rule 23*, para o facto de os lesados serem afectados de formas diferentes, o que implica inúmeras questões como o tempo, a idade, o conhecimento, as lesões sofridas, os custos e os riscos. De forma a ilustrar este problema, o autor refere vários casos da Jurisprudência americana como os do amianto e do tabaco, entre outros, que envolveram o gasto de um enorme número de recursos.

A segunda categoria respeita à utilização das acções colectivas para promover teorias duvidosas de responsabilidade civil. Considera PRYOR JR., que muitas das acções relacionadas com enfermidades advindas do consumo tabágico, como as que promovem o ressarcimento por dependência do tabaco ou consumo passivo de tabaco a bordo de aviões, constituem acções imaturas, contrastando com o caso do amianto, já referido. Esta utilização abusiva das acções colectivas promove, segundo o autor, o aumento do risco de serem produzidos diferentes resultados em casos individuais.

Já a terceira categoria diz respeito ao carácter colusório da celebração de acordos entre as partes litigantes, os quais constituem o único propósito da propositura da acção colectiva. Reportando-se à posição sustentada por JOHN COFFEE, o autor refere que aquele sustenta que as circunstâncias do mundo real das acções colectivas de responsabilidade civil em massa promovem as condições para o conluio nos acordos entre os réus e os advogados dos autores (*counsel*) no qual o Tribunal anseia por alcançar um acordo global. Nestes acordos, os réus indemnizarão os consumidores com valores baixos e os advogados dos autores da acção recebem honorários acima do preço de mercado. A este propósito o autor cita vários tipos de acordos colusórios. Um desses acordos é o chamado *scrip settlement*, que envolve a atribuição de vales de desconto na compra de produtos da empresa dos demandados. Outra forma de conluio na celebração de acordos judiciais é o *cy pres settlement*, *cy pres funds* ou acordos caritativos (em português) que envolvem o pagamento em género ou serviços a um terceiro. Ainda outra forma de acordo colusório é o *reverse auction* no qual duas equipas de advogados

dos demandantes propõem a mesma acção colectiva em tribunais diferentes, e os réus procuram a proposta mais baixa. Outras hipóteses de conluio, mais recentes, são os *inventory settlement* nos quais os advogados dos demandantes obtêm um acordo favorável para os seus clientes e depois assumem o cargo de *counsel* de litigantes futuros promovendo um acordo mais favorável aos réus; os acordos simulados entre os advogados dos autores e os réus (a que já fizemos referência); os acordos que permitem que os réus escolham o *counsel* que representará os autores; e a forma, que o autor considera mais audaz, em que não é dada a oportunidade de os consumidores se auto-excluírem (*opt-out*) do acordo alcançado.

Meios de combate à Litigância Abusiva

Proibições ao *forum shopping*

Começaremos por este meio de combate à litigância abusiva na medida em que cremos ser aquele que assume, algum modo, prioridade face aos demais, do ponto de vista cronológico na acção judicial. Deste modo, cumpre aferir da susceptibilidade de aplicação de proibições ao exercício de *forum shopping* como meio útil e eficaz no combate ao exercício abusivo da tutela colectiva por parte dos litigantes.

A figura do *forum shopping* encontra origem e sobejo desenvolvimento em Direito Internacional Privado⁸ e corresponde à situação na qual a parte demandante escolhe intentar a acção judicial no foro mais favorável à procedência do seu pedido. Está, deste modo, presente a ideia da propositura de uma acção como se de uma ida às compras se tratasse, daí a expressão anglo-saxónica utilizada. Ora, tal comportamento não pode merecer acolhimento jurídico num Estado de Direito, uma vez que está em causa o direito de defesa do réu e a segurança jurídica quanto à competência dos tribunais.

Olhando para a realidade portuguesa, na lei de Acção Popular não encontramos qualquer referência a meios de controlo deste fenómeno, situação compreensível dada a aparente indisponibilidade do sistema nacional para promover predisposições mais ou menos favoráveis a alguma das partes por parte dos tribunais.

No entanto, a figura não deixa de encontrar materialização em alguns Estados, como os EUA, país no qual vigora um sistema dual, de tribunais federais e estaduais, ou federados. De facto, esta matéria, que não achou exposição na *Rule 23*, foi, em larga medida (resta saber se com eficácia) tratada pelo *CAFA*, que lhe atribuiu duas secções. Estabelece, desde logo na primeira destas secções, a quarta, a jurisdição originária dos tribunais federais, e fá-la depender do valor da causa, bem como da origem dos litigantes e o local de verificação dos danos. Já na quinta secção, encontra-se previsto o procedimento de transferência, ou de avocação, do processo judicial de tribunais

⁸ Que na legislação portuguesa encontra regulação no capítulo III do Livro I, Título I do Código Civil.

estaduais para tribunais federais. É notório, deste modo, o cuidado demonstrado pelos EUA na regulação do momento da escolha do foro. Cabe aferir, no entanto, se estas medidas se encontram a ser bem sucedidas.

Apesar de, como acima referimos, esta figura encontrar franca exploração na área do Direito Internacional, não deixa de ter implicações em Direito à escala nacional. De facto, é neste sentido que a figura do *forum shopping* é vista como um problema e constitui concretização de litigância abusiva no que ao nosso trabalho diz respeito. Na realidade, alguns autores sustentam, como ARCHIS A. PARASHARAMI e KEVIN S. RANLETT⁹, ao incidir a sua análise especialmente na evolução do Direito americano, em concreto nas alterações que o *Class Action Fairness Act* introduziu, que este fenómeno com franca adesão nos EUA não encontrou significativo travão com a nova legislação (de 2005) que naquele país passou a vigorar. Sustentam aqueles autores que o facto de o *CAFA* ter alterado o foro onde o processo é julgado, de Tribunais Estaduais para Federais, não significa que o fenómeno em questão tenha cessado. Sustentam os mesmos que, na realidade, os advogados passaram a intentar as acções em tribunais federais onde a lei é particularmente favorável à certificação da acção colectiva. Utilizando dados do Estado Califórnia, os autores demonstram que em 2004, isto é, antes da entrada em vigor do *CAFA*, aquele Estado do oeste americano contava com números estatísticos que mostravam litigância em acções colectivas de Direito do Consumo superior em 1/3 às dos demais Estados Federados. Já em 2007, depois da aprovação daquela legislação, no mesmo Estado já se julgava o triplo das acções colectivas dos restantes Estados americanos. Arguem PARASHARAMI e RANLETT que os queixosos têm, de forma crescente, pretendido a aplicação da lei de um único Estado às acções colectivas nacionais (com pontos de conexão com vários Estados) tendo em vista impedir a aplicação das leis dos cinquenta Estados, situação que tornaria a certificação de uma acção colectiva nacional ingovernável. Deste modo, crêem que as regras implementadas pelo *CAFA* ameaçam provocar um retrocesso para os tempos em que os tribunais certificavam acções colectivas à escala nacional baseando-se na violação da lei substantiva de um único Estado.

⁹ *In The Class Action Fairness Act, five years late, National Law Journal*, 2010.

Destaque para a posição de LINDA S. MULLENIX¹⁰ que alega, na esteira de HARALD KOCH¹¹, que a prática de *forum shopping* constitui, na realidade, uma demonstração de profissionalismo, no exercício da advocacia. Sustenta a autora que os tribunais estaduais, e alguns tribunais federais, são propensos a este fenómeno uma vez que nestes se verifica uma tendência para a protecção dos queixosos por parte do júri, que pode ignorar o precedente judicial, bem como para atribuição de indemnizações compensatórias e sancionatórias (matéria a que faremos referência) de montante elevado. De resto, também a lei processual e substantiva, acompanha esta inclinação judicial, uma vez que é orientada para o favorecimento do demandante, além de que também os juízes, eleitos, em vez de nomeados, são favoráveis ao queixoso. Esta autora também atribui importância aos meios ao dispor dos réus no que à escolha do foro diz respeito. Além da possibilidade de utilizar os *federal removal statutes* (que consiste em evitar o tribunal estadual, removendo o processo para um tribunal federal), os demandados podem ainda transferir o processo de um tribunal federal para outro tribunal federal, além do recurso ao mecanismo *forum non conveniens* que se consubstancia no poder discricionário do tribunal no sentido de rejeitar que a acção seja ali julgada por ser mais apropriado o julgamento noutra foro¹². Este conjunto de oportunidades constitui, em nosso entender, uma espécie de busca pela terra prometida dada a possibilidade de sistemático adiamento do julgamento para diferentes tribunais, até à decisão.

Nota ainda para a posição de SILBERMAN¹³ que entende que, na ausência de uma lei substantiva federal acerca das responsabilidades civis perante o consumidor, seria aconselhável a criação de uma lei federal para escolha de lei aplicável, o que traria a vantagem de se evitar o *forum shopping*.

¹⁰ In *The American Class Action Fairness Act and Forum Shopping American-Style, The Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice*, Palgrave Macmillan, Volume 31, N.º 2, Abril de 2006, páginas 357 a 359.

¹¹ *International Forum Shopping and Transnational Lawsuits, The Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice*, Palgrave Macmillan, vol. 31, 2006, 2.

¹² Conforme refere PAXTON BLAIR in *The Doctrine of Forum Non Conveniens in Anglo-American Rule. Columbia Law Review*, Volume 29, n.º 1, Janeiro de 1929, página 1.

¹³ In *The Role of Choice of Law in National Class Actions, University of Pennsylvania Law Review*, Volume 156, 2008, páginas 2027 e 2028.

Restrições à legitimidade para propositura de acções colectivas, Certificação, Aprovação prévia

O meio travão à litigância abusiva a que nos passaremos a referir diz respeito à verificação, por parte dos tribunais, de quem tem interesse em demandar (artigo 26.º n.º1 do CPC), quem revela interesse a uma tutela jurisdicional favorável, quem pode retirar alguma vantagem da decisão judicial¹⁴, isto é, quem tem legitimidade. Esta será a definição de legitimidade em sentido lato, uma vez que a nossa lei nos dá um conceito de legitimidade um pouco diferente no que a interesses difusos diz respeito, matéria a que neste trabalho atribuímos maior importância.

A Constituição prevê no seu artigo 52.º n.º1 que *“Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente [...] petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos...”*.

Já Código de Processo Civil no artigo 26.º- A, define que *“têm legitimidade para propor e intervir na acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à protecção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público nos termos previstos na lei”*¹⁵

Na realidade, também a Lei 83/95 estabelece critérios de aferição de legitimidade para propositura de acções colectivas constantes dos artigos 2.º e 3.º que prevêem a outorga de legitimidade a cidadãos, associações e fundações, sendo que o critério utilizado é, podemos dizê-lo, largo, uma vez que se admite a propositura de acções *“independentemente de [aquelas entidades] terem ou não interesse directo na demanda.”* Entende PAYAM MARTINS¹⁶ que a legitimação para a acção popular de qualquer cidadão no gozo dos seus direitos cívicos e políticos, não obstante a falta de

¹⁴ Conforme define J.P.REMÉDIO MARQUES *in Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, página 373.

¹⁵ Recordá-nos ÂNGELA FROTA, CRISTINA RODRIGUES DE FREITAS e TERESA MADEIRA *in Das Acções Colectivas em Portugal “no quadro do direito do consumo”* - APDC - Associação Portuguesa de Direito do Consumo, 2007, pág. 32.

¹⁶ *In op. cit.*, página 110.

interesse directo, configura um erro pesado provocado pela falta de redimensionamento da acção popular como instrumento de *civic justice*, orientado para a legalidade administrativa, para um mecanismo de *civil justice*, que se norteia pela tutela de direitos difusos. Crê este autor, tratar-se de uma transposição de soluções norte-americanas que não têm cabimento no nosso ordenamento jurídico uma vez que, em regra, um cidadão não tentará uma acção para tutela de interesses difusos, actuando isolado.

Também manifestamente abrangente é a previsão legal constante do artigo 14.º da nossa lei, que a propósito da representação processual (questão relacionada com o pressuposto da legitimidade), estabelece “...o autor representa por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa...”. A este propósito sustenta PAYAM MARTINS que esta legitimação não se trata de representação em sentido verdadeiro, nem de substituição processual, mas antes de um *tertium genus* de legitimação.

De resto, também o Ministério Público tem uma palavra a dizer quando nos referimos à tutela colectiva. De acordo com o artigo 16.º n.ºs 1 e 2, aquele pode representar o Estado, os ausentes, menores, demais incapazes e outras pessoas colectivas para cuja representação lhe seja legalmente atribuída¹⁷.

No entanto, a lei portuguesa estabelece outra forma de controlo, o que porventura, pode ser visto como um reflexo da constatação por parte do legislador de que uma lei tão abrangente poderia ser ineficaz. Esta forma de controlo encontra-se prevista no artigo 16.º n.º3 da nossa lei, e traduz-se, recorrendo à expressão de MAZZEI¹⁸, “na observância de como o autor exerce a representação no processo”, e é tida, por alguma doutrina¹⁹²⁰, como uma segunda fase de controlo exercida, desde logo, pelo Ministério Público, que pode substituir o autor da acção no caso de este levar a cabo a prática lesiva em relação aos interesses em causa²¹ ou quando aquele desista da

¹⁷ No entanto, conforme nota RODRIGO REIS MAZZEI in *Tutela Colectiva em Portugal: Uma breve resenha*, Verbo Jurídico, 2005, página 16, esta previsão legal não significa que o Ministério Público tenha legitimidade “para propor a demanda”. Refere ainda o autor que já no artigo 13.º al. c) da lei n.º 24/96 é concedida legitimidade ao Ministério Público “para propor as acções vinculadas àquele diploma legal, sugerindo debate em torno da interpretação extensiva daquele artigo.

¹⁸ In *op. cit.*, página 18.

¹⁹ A primeira forma de controlo consta do artigo 2.º, já referido.

²⁰ Vide TEIXEIRA DE SOUSA in *op. cit.* página 231.

²¹ O que cremos, que de acordo com o entendimento de TEIXEIRA DE SOUSA constitui uma situação de inadequação da representação.

acção, avocando o encargo originalmente concedido ao autor. Também o juiz terá um papel importante nesta segunda fase de controlo, uma vez que o artigo 19.º n.º 1 prevê a possibilidade de o juiz poder restringir os efeitos do caso julgado alicerçado em motivações próprias do caso concreto²².

Outro aspecto da legislação portuguesa que a este respeito cabe referir é o do artigo 13.º da lei de Acção Popular que se consubstancia na possibilidade de indeferimento da petição inicial no caso de ser improvável que o pedido proceda. Sustenta TEIXEIRA DE SOUSA²³ que a aplicação desta medida enseja impedir que o autor leve por diante o seu eventual intento de utilizar a acção colectiva como meio de pressão sobre o réu. No entanto, cumpre referir que, em nosso entender, o conceito de manifesta improbabilidade será sujeito a alguma discricionariedade por parte dos Tribunais, na medida em que se traduz numa tarefa de alguma complexidade a fixação de um limite para a improbabilidade. Esta característica da lei n.º 83/95 encontra, de algum modo, paralelo com o regime do Código de Processo Penal que prevê que o critério para dedução de acusação e para o proferimento de despacho de pronúncia se orienta pela suficiência dos indícios²⁴. A este respeito defende PAYAM MARTINS²⁵ que este regime apenas se funda na ausência de *fumus boni iuris*, o que não implica a verificação de adequação de representação como pressuposto para a legitimação, considerando grave este procedimento do legislador.

A respeito da legitimidade as legislações europeias são deveras díspares. Se em Portugal, conforme verificámos, bem como na Alemanha e Suécia, o leque de potenciais autores de uma acção colectiva é bastante amplo, noutros países o regime é

²² No entanto, cumpre referir que nos parece que o controlo exercido pelo juiz a que se refere o artigo 19.º n.º 1 é distinto sobremaneira da fiscalização por parte do Ministério Público, uma vez que por um lado, estas formas de controlo têm efeitos díspares e por outro, sucedem em momentos diferentes.

²³ *In op. cit.*, página 256.

²⁴ Ainda que este seja um trabalho conduzido na área do Direito Civil, estamos em crer ser relevante proferir algumas considerações acerca de Direito Penal. De facto, a propósito da suficiência dos indícios existem três posições sustentadas pela Doutrina e Jurisprudência que se cifram 1) na mera possibilidade de condenação, 2) na maior probabilidade de condenação que de absolvição, 3) na possibilidade particularmente forte de condenação (*vide* JORGE SILVEIRA *in O conceito de indícios suficientes no processo penal português*, Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, realizadas na Faculdade de Direito de Lisboa entre 3 e 6 de Novembro de 2003, disponíveis em <http://www.odireito.com.mo/>). Transportando estas hipóteses para o Direito Civil, a nosso ver, será aconselhável descartar a primeira posição referida, uma vez que esta não se coaduna com o conceito “manifesto”. A discussão deverá ser travada em torno da segunda e terceira posições. Parece-nos que adoptar a ideia de “possibilidade particularmente forte de condenação” poderia, através da carga que inculcaria à acção após o deferimento da petição inicial, induzir a celebração de acordo entre o demandante e o demandado (é importante recordar que é esta a situação que se pretende evitar com a aplicação desta norma.), já que este veria as suas hipóteses de defesa reduzidas. Esta consequência poderia não ser particularmente benéfica uma vez que, como teremos oportunidade de aferir, é através da celebração de acordos que, não raras vezes, se manifestam abusos no âmbito da tutela colectiva.

²⁵ *In op. cit.*, página 112.

mais restritivo a este propósito. Para referir alguns casos, veja-se o regime húngaro que apenas concede legitimidade para litigar, em áreas previamente identificadas, a autoridades públicas; o sistema francês, que permite a propositura de acções colectivas a organizações privadas nacionais; o regime austríaco que o faz em relação a organizações de outros Estados-membros; o sistema polaco que concede legitimidade a indivíduos em representação de um grupo. Outros Estados estabelecem regimes, a este propósito, um pouco mais abrangentes, como o dinamarquês e o lituano que autorizam a propositura a autoridades públicas e pessoas singulares; o espanhol que faculta a legitimidade a organizações privadas e pessoas lesadas²⁶.

No domínio das propostas de alteração a que fizemos menção na introdução, cumpre, a propósito da legitimidade para propositura de acções colectivas, referir a alteração n.º 48, proposta de resolução do ponto n.º 12 - 1, do relatório, de DIANA WALLIS que parece abrir a porta a mais do que uma entidade tendo em vista a legitimidade em acções colectivas europeias, na medida em que entende ser útil a substituição de “*apenas um organismo representativo pode intentar uma acção em nome...*” por “*é necessária a existência*”. Posição mais clara, ou antes, mais peremptória, é a de LUIGI BERLINGER e BERNHARD RAPKAY, que através da alteração n.º 50 ao mesmo ponto do relatório, demonstram ser defensores de uma alteração que se consubstancie na substituição do primeiro excerto, neste parágrafo citado por “*os organismos representativos podem*”. De resto, WALLIS, também se mostra tendente a uma maior discricionariade, em comparação com o projecto de relatório, de cada Estado-Membro dada a preferência demonstrada por “*os Estados-Membros devem também poder designar organizações legitimadas*” em vez de “*os Estados-Membros devem designar organizações legitimadas*” explicita na alteração n.º 53 ao ponto 12 - 2.

Cabe, deste modo, discutir neste âmbito, se quaisquer cidadãos, associações e fundações (utilizando por base os potenciais interessados em demandar de acordo com a legislação portuguesa) podem intentar acções colectivas, uma vez que tamanha abrangência poderá promover a propositura abusiva daquelas acções, já que não se veda o acesso a esta tutela a interessados em apenas ganhos pecuniários.

²⁶ Dados consultados em MARIUSZ MACIEJEWSKI in *Overview of existing collective redress schemes in EU Member States*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department a: Economic and Scientific Policy, 2011, página 39.

De facto, também a este respeito, existem marcadas diferenças entre o sistema jurídico americano e a generalidade dos sistemas europeus. Se, como tivemos oportunidade de verificar, em grande parte das jurisdições europeias, apenas associações de consumidores autorizadas têm legitimidade para intentar acções colectivas, nos EUA, estas podem ser intentadas por pessoas singulares sem autorização prévia.

Alguns autores entendem ser fundamental previsão legal no sentido de se exigir autorização para se alcançar esse pressuposto processual, a legitimidade. Estabelecem duas circunstâncias essenciais. Por um lado, defendem que é necessário a fixação de um limite ao número de associações autorizadas, e por outro, sustentam que é indispensável que exista um critério rigoroso na decisão sobre quais as associações autorizadas.

Questão diversa é a da certificação da acção colectiva, da *class certification*, que os EUA prevêem.

Como acima referimos, os EUA surgem como ponto de referência no que tange a litigância abusiva. Nos anos 90 do século passado, algumas jurisdições (das quais alguns autores destacam Madison County e Illionois) começaram a admitir qualquer acção colectiva, não atendendo à necessidade de a tutela colectiva ser o meio adequado para aquela acção, o que provocou uma “inundação” de processos com esta natureza²⁷.

Ora, a certificação de acções colectivas afigura-se como um meio indispensável ao controlo judicial de acções abusivas, havendo quem defenda que esta certificação deve ocorrer o quanto antes e ser passível de recurso. A negação da aprovação prévia reduz o risco de exposição do réu a potenciais acções imerecidas.

A este propósito SCHAEFER²⁸ salienta dois aspectos que considera relevantes. Em primeiro lugar, explicita que, de facto, existe um limite à propositura de acções judiciais previsto na lei penal nos EUA, mas que este apenas consegue impedir casos cujo abuso é demasiado ostensivo. Em segundo lugar, o autor sustenta que no caso das acções colectivas, em que há um agrupamento de acções, é possível admitir acções na

²⁷ In *The Globalization of Class Actions: Safeguards to Curb Litigation Abuse*, Institute for Legal Reform, 2008, página 4.

²⁸ In *The Bundling of Similar Interest in Litigation. The Incentives for Class Action and Legal Actions taken by Associations*, *European Journal of Law and Economics*, 9:3, Kluwer Academic Publishers, Holanda, 2000, página 189.

dependência da verificação do critério da boa fé por parte do autor. No entanto, SCHAEFER alerta para a circunstância de esta regra ter um impacto mais teórico que prático, uma vez que os tribunais americanos admitem a grande maioria das acções colectivas sem o cumprimento da exigência preliminar de conformidade, dada a parca informação de que os tribunais dispõem, não lhes sendo exequível distinguir as acções oportunistas das que não o são.

Contributo importante é também o de CHARLES SILVER²⁹, que estabelece (à luz do direito americano) vários requisitos para que a decisão de certificação seja afirmativa. Desde logo, o autor entende ser necessário que o queixoso seja membro da *class*, isto é, também ele tem de ser, enquanto representante dos demais, um interessado na procedência da causa. Outro requisito necessário é o da impraticabilidade de junção de todos os outros queixosos como partes no processo. É também exigível que haja questões de direito e de facto comuns ao representante e representados. O autor não poderá ter conflitos de interesses com os restantes interessados e deve ser assistido por um conselho. O autor acrescenta ainda, outros requisitos, a respeito dos quais cumpre referir que é suficiente a verificação de cumprimento de apenas um, para se obter a certificação. O risco de que, na ausência de uma acção colectiva, a parte contrária, seja confrontada com múltiplas e inconsistentes acções singulares. A possibilidade de o queixoso, não representante, ver as suas pretensões prejudicadas pela falta de certificação. A necessidade de o réu ter submetido todos os interessados na acção colectiva a uma prática comum ou modo de agir. Ou, a exigência de que as questões de direito e de facto comuns a todos os queixosos predominem sobre questões individuais.

De resto, parece-nos importante a posição de JOHN C. COFFEE, JR.³⁰ que vai no sentido de que é necessária uma inovação processual, no sistema americano, que preveja as *subclasses*, com a separação entre queixosos presentes e futuros. Esta ideia foi criticada com base no argumento de que não raras vezes a enfermidade (eventual dano provocado nas vítimas, queixosos da acção colectiva) é progressiva e que *ex ante*, os futuros queixosos não sabem da gravidade da doença, pelo que não se justifica a divisão em várias classes. O autor entende, por sua vez, que o agrupamento de queixosos presentes e futuros numa única *class*, não soluciona o problema uma vez que os

²⁹ Em *Class Actions – Representative Proceedings*, 1999, páginas 197 e 198.

³⁰ In *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, *Columbia Law Review*, Volume 95, n.º 6, Outubro, 1995.

presentes têm todos os incentivos para esgotar o fundo financeiro que lhes coube para a arguição da causa em Tribunal, podendo prejudicar os futuros litigantes.

Também nos parece importante aludir às posições assumidas por vários dos interessados à Consulta Pública acerca da tutela colectiva dos direitos do consumidor, promovida pela Comissão Europeia quanto ao meio de combate à litigância abusiva que por ora abordamos.

Desde logo, atribuímos natural destaque para a posição do Ministério dos Negócios Estrangeiros do Governo português. O Governo entende que o direito de acção deve estar reservado a algumas entidades, reconhecidas na lei. Devem ter legitimidade associações de consumidores que preencham os requisitos correspondentes ao número mínimo de associados, e visem a prossecução de finalidades directamente relacionadas com a defesa do consumidor. Também as entidades públicas responsáveis pela defesa do consumidor e os próprios consumidores lesados têm direito de acção. O Governo suscita ainda a necessidade de se prever regras para o reconhecimento de legitimidade das Pequenas e Médias Empresas (de ora em diante PME's). Esta posição parece ser acompanhada pela Agência Catalã de Consumo (*Agència Catalana del Consum*), que sustenta que diferente tratamento deve ser assegurado às PME's e aos consumidores particulares. Posição diversa, a este respeito, tem a ANACOM que não vê razão para um procedimento diverso para as duas realidades.

Se por um lado o Governo da Polónia não tem um entendimento demasiadamente restrito quanto a quem pode intentar acções colectivas, dado que tanto as autoridades estatais, as Organizações Não Governamentais (de ora em diante ONG's) e as pessoas singulares (entidades que devem preencher os critérios dependentes do mecanismo de tutela colectiva pretendido), o podem fazer, por outro mostra-se bastante exigente quanto aos requisitos a cumprir pelas entidades que defendem os direitos dos consumidores em juízo. Desde logo o Governo polaco sustenta que as entidades responsáveis pela propositura destas acções devem ter uma estrutura organizacional e jurídica apropriada, um âmbito de actividade de protecção do consumidor geograficamente definido, algum período de existência, experiência, capacidade de garantia de reembolso dos custos em caso de perda da acção. Acrescenta o Governo deste país que se se conceder legitimidade a uma ONG deverá ser garantido que a tutela

colectiva não é a sua única área de actuação e fonte de rendimento, e que não se concede legitimidade a organizações profissionais. Além disto, refere-se que a lei polaca prevê duas entidades com legitimidade para avançar para a tutela colectiva: um membro da *class* ou o Provedor de consumo do distrito em causa.

Já o *Civil Justice Council of England and Wales* entende que além de algumas das entidades acima referidas bem como alguns organismos criados *ad hoc* terão legitimidade para propositura de acções colectivas.

Nota ainda para o entendimento da Câmara Federal de Trabalho da Áustria (*Österreichische Bundesarbeitskammer*) que vai no sentido de que deverá vigorar um sistema de concessão a organizações e associações de acordo com um critério uniforme previsto à escala europeia, sendo que estas entidades devem matricular-se num registo da União Europeia. É também acentuada a preocupação desta Câmara no sentido de que às organizações que são orientadas exclusivamente para o lucro não deve ser admitido o direito a intentar acções colectivas. De resto, exige-se ainda infra-estruturas e recursos organizacionais adequados e conhecimentos específicos apropriados.

Analisadas que se encontram as possibilidades de certificação cabe proceder ao estudo dos restantes meios de combate à litigância abusiva no âmbito de acções colectivas.

Aplicação de um Sistema de Consentimento Prévio ou *Opt-in*

Outro meio de combate à litigância abusiva em acções colectivas é a previsão de um sistema de *opt-in* para a propositura daquelas acções, em contraposição ao sistema de *opt-out*. O sistema de *opt-in* consiste na exigência de consentimento por parte de potenciais queixosos para que estes sejam abrangidos pela acção colectiva. Isto é, estes apenas terão direito à indemnização decorrente da possível procedência da acção, caso tenham previamente consentido na sua inclusão enquanto membros da *class*. Já o sistema de *opt-out*, ou de auto-exclusão, prevê que as acções abrangam todos aqueles que não tenham feito uma declaração de vontade no sentido de serem excluídos pela mesma.

Extrai-se da leitura da Lei de Acção Popular que o sistema vigente em território nacional português exige auto-exclusão para que o consumidor não seja abrangido pela acção colectiva, o que, recorrendo ao termo simplificado anglo-saxónico supra referido, significa que estamos perante um sistema de *opt-out*³¹. No artigo 14.º se prevê “...o autor representa por iniciativa própria [...] todos os demais titulares que não tenham exercido o direito de auto-exclusão previsto no artigo seguinte...” (sublinhado nosso).

Já no artigo 15.º n.º 1 se estabelece “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” (sublinhado nosso).

Também no artigo 19.º n.1, a propósito dos efeitos do caso julgado tem-se presente a previsão de um sistema de auto-exclusão “As sentenças transitadas em julgado proferidas em acções ou recursos administrativos ou em acções cíveis [...] têm

³¹ Conforme salienta RODRIGO REIS MAZZEI *in op.cit*, página 19.

eficácia geral, não abrangendo, contudo, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se auto-excluírem da representação.” (sublinhado nosso).

Entende PAYAM MARTINS³² que o regime português, por prever a legitimidade de pessoas singulares isoladas para propositura de acções colectivas bem como o sistema de *opt-out*, fomentará o exercício de auto-exclusão pelos titulares dos interesses em causa que atendem à falta de garantias que uma acção conduzida por qualquer cidadão pode arcar.

Cumprе afirmar que esta previsão legal contraria as expectativas da Comissão dos Assuntos Jurídicos no que concerne aos aspectos a uniformizar no espaço da UE, uma vez que, conforme tivemos oportunidade de referir supra, aquele órgão entende que o sistema a adoptar no velho continente deverá exigir o consentimento prévio dos consumidores que ambicionem ser parte na acção. Este dado constitui, de acordo com o nosso entendimento, motivo para preocupação, ainda que nos pareça, que será, de certo modo, previsível que Portugal altere a sua lei, atendendo ao historial de revisões constitucionais que demonstram uma predisposição afirmativa por parte deste país no que a integração europeia diz respeito.

No entanto, no espaço europeu, Portugal não é caso único, dado que também a Dinamarca e a Holanda integram o lote de países cujo sistema exige auto-exclusão. Além de que em alguns Estados, como a Suécia, já se propôs a alteração do regime no sentido de se admitir aquele sistema em algumas circunstâncias dada a parca adesão às acções colectivas, verificada no sistema de consentimento prévio³³.

No que concerne às alterações propostas em sede do projecto de relatório na UE, cumprе referir, que apesar da orientação patente do projecto de relatório ir no sentido de preferência por um sistema de *opt-in*, os já citados, LUIGI BERLINGER e BERNHARD RAPKAY, na proposta referida, entendem que dever-se-á abdicar da exigência de um sistema de consentimento prévio de inclusão na acção, sugerindo mesmo a inclusão de um novo ponto 12 no qual se reconheça que “o sistema de *opt-in* pode implicar custos

³² *In op. cit.*, páginas 116 e 117.

³³ Conforme refere MARIUSZ MACIEJEWSKI in *Overview of existing collective redress schemes in EU Member States*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy, 2011, páginas 32 a 36 e 40.

superiores para as organizações de consumidores”, e a necessidade de a Comissão ponderar um sistema flexível. Nesta linha, surge também DIANA WALLIS que sustenta que em vez de se rejeitar um sistema de *opt-out*, dever-se-á ponderar aquele sistema por oferecer eficácia e irrevogabilidade, através da alteração n.º 54 ao ponto n.º 12 - 3.

De resto, também nos EUA vigora um sistema de *opt-out*³⁴, regime resultante do ponto (c) (1) (A) da *Rule 23*.

A aplicação daquele sistema (*opt-in*), apesar de ser um meio, a nosso ver, notável, na oposição à litigância abusiva no que concerne às acções colectivas, não acolhe unanimidade no que tange à necessidade da sua aplicação. Debrucemo-nos, então, sobre as posições doutrinárias, que têm por fonte de estudo o sistema americano, e que a este assunto dizem respeito.

Segundo HENSLER e ROWE JR.³⁵, a substituição de um sistema de *opt-in* pelo sistema de *opt-out* foi uma das mais significativas alterações da Reforma de 1966 à *Rule 23* nos EUA, e o seu resultado cifrou-se num aumento do escopo das acções de indemnização (uma vez que um maior número de pessoas se encontra abrangido) e, deste modo, do risco de exposição financeira das empresas, potenciais réus da acção.

Nos anos seguintes a esta alteração da lei americana, foi proposto, por alguns críticos do novo regime, o regresso ao sistema *opt-in*. Estes acreditam que a exigência de consentimento prévio promove a capacidade do sistema em rejeitar acções frívolas³⁶. Segundo estes críticos, ocorrerá uma adesão em massa se houver a percepção generalizada de que o dano sofrido foi significativo e as compensações valorosas, o que não sucederá no caso de as acções serem triviais. Esta resposta dos possíveis litigantes reduzirá o efeito *in terrorem* na propositura de acções, encorajando os réus a contestar as acções demeritórias. Além disto, sustentam estes defensores do regresso do sistema de *opt-in*, que os juízes podem recusar certificar a *class* se apenas uma fracção dos potenciais membros desta aderirem à acção colectiva e que os advogados dos autores

³⁴ Evidencia HENSLER in *Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation*, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001, página 182.

³⁵ *In op. cit.*, páginas 144 a 147.

³⁶ Vide, a este propósito, também CHARLOTTE S. ALEXANDER, *Would an Opt In Requirement Stop Class Action Strike Suits and Sweetheart Deals? Evidence from the Fair Labor Standards Act*, *Selected Works*, 2010, página 11.

reconsiderarão intentar acções colectivas perante a possibilidade de não ser compensador a propositura das mesmas.

Existem, no entanto, desvantagens notórias na adesão deste sistema, situação para a qual alertam HENSLER e ROWE JR., que sustentam que muitas das acções negadas por falta de adesão podem ser, ainda assim, meritórias. É, deste modo, prejudicada a facilidade de litigância, propósito das acções colectivas, nomeadamente em situações em que são vários os lesados, mas os prejuízos são demasiado modestos para compensar a propositura de uma acção individual, uma vez que os custos despendidos em Tribunal poderão ser superiores, ou pouco inferiores, aos que advirão da procedência da mesma. Estes autores comparam o sistema de *opt-in*, a um veículo adequado para a litigância mas com pouca energia para o fazer, o que pode beneficiar os lesantes.

Os mesmos autores fazem menção a um estudo³⁷ destinado a famílias, no qual se investigou a diferença de índices de participação quando se exige resposta afirmativa para se confirmar a adesão e quando a falta de resposta, tem o mesmo efeito, isto é, quando o silêncio tem valor declarativo afirmativo.

Em conclusão, sustentam os autores, que o sistema de *opt-in* afasta potenciais litigantes, que querem participar, mas que não dão os passos necessários para serem parte na acção, além de que este sistema terá efeitos desiguais em diferentes grupos sócio-económicos, raciais e étnicos. De resto, salientam ainda que este sistema não melhorará o *ratio* de custo-benefício das acções colectivas de indemnização e os seus efeitos podem ser sentidos com maior intensidade pelos cidadãos menos abastados e pelas minorias.

Já num outro artigo, individual, de HENSLER³⁸, a autora sustenta que a decisão sobre que sistema deve vigorar (*opt-in* ou *opt-out*) tem ainda maior importância em jurisdições que permitem que a representação da *class* seja realizada sem certificação.

³⁷ Dois outros estudos merecem, da nossa parte, referência. Cumpre mencionar THOMAS E. WILLGING, LAURAL L. HOOPER, ROBERT J. NIEMIC in *An Empirical Analysis of Rule 23 to Address the Rulemaking Challenges*, *New York University Law Review*, 1996; bem como GUS VAN DIJK in *Class Membership in Class Actions: An Experimental Study of Opt In and Opt Out Models*, 2011.

³⁸ *The Globalization of Class Actions: Safeguards to Curb Litigation Abuse*, Institute for Legal Reform, 2000, páginas 15 e 16.

Esta autora refere-se a duas posições antagónicas no que à aplicabilidade dos sistemas de *opt-in* e *opt-out* diz respeito. Alguns analistas entendem que o sistema de *opt-out* desrespeita o processo equitativo devido à possibilidade de pretensos membros da *class*, que não compreendem as suas implicações, serem abrangidos pelo resultado da acção, ainda que pudessem ter decidido não aderir à acção se tivessem sido melhor informados.

Noutro sentido há quem defenda que o sistema de *opt-in* limita o potencial dissuasivo da litigância colectiva uma vez que os membros putativos da *class* a quem é devido ressarcimento não pretenderão conhecer o procedimento e estarão demasiado desorganizados para avançar para a acção. Esta situação promoverá a diminuição da exposição dos réus no que respeita à sua responsabilidade, o que prejudica o cumprimento das normas legais.

Segundo JOHN BRONSTEEN³⁹, a *rule* 23 dos EUA, que, recorde-se, prevê um sistema de *opt-out*, contém vantagens e desvantagens. Se por um lado, acredita o autor, que aquele sistema ameaça o principal princípio do Direito Civil, que se baseia na ideia de que o Tribunal não tomará qualquer decisão a menos que oiça todas as partes, por outro, crê também, que possibilita o principal objectivo das acções colectivas, compensar e prevenir danos dispersos. Já num regime onde vigore um sistema de *opt-in*, uma vez que é baseado na ideia de que apenas serão abrangidos pela acção os que a esta aderirem, dar-se-á um caso de ausência de litigância colectiva, dado que para a se efectuar a adesão à acção é necessário que os potenciais litigantes respondam aos avisos e esta não é uma conduta habitual. Esta circunstância afastará da causa os advogados, devido à fraca adesão à acção.

Continuando o exercício que acima realizámos, que consiste em analisar as reacções dos interessados em responder à Consulta Pública da Comissão Europeia, cumpre referir, desde logo, as vantagens e desvantagens de ambos os sistemas, elencadas pelo Governo dinamarquês, que parece ter uma posição muito clara a este respeito. Por um lado, este Governo entende que o facto de o Tribunal poder conhecer com exactidão quem é que será vinculado pela decisão (caso julgado subjectivo), o direito de cada um dos consumidores poder decidir sobre a sua própria relação

³⁹ *In Class Action Settlements: an opt-in proposal*, *University of Illinois Law Review*, 2005, páginas 908 e 909.

contratual não ser restrito, e a capacidade de previsão, por parte do réu, dos efeitos do julgamento constituem vantagens do sistema de *opt-in*. Por outro, entende o Governo daquele país escandinavo que a grande vantagem do sistema de *opt-out* é a possibilidade de inclusão de um maior número de pessoas, do que no sistema de *opt-in*. De resto, é feita ainda referência ao regime jurídico dinamarquês que, de acordo com as recomendações do Comité Permanente de Direito Processual, que prevê um sistema de *opt-in*, mas que, existe a possibilidade de se exigir auto-exclusão por parte dos consumidores, para que estes não sejam abrangidos pela acção colectiva, se se verificarem duas condições.

Primeiro, é necessário que a acção judicial individual (cuja propositura não se verificaria, em benefício de uma acção colectiva) não compense o esforço financeiro despendido em função das compensações advindas da sua procedência. De acordo com as notas do Ministro da Justiça dinamarquês à proposta legislativa que deu origem ao regime jurídico no que concerne às acções colectivas, o limite máximo para que uma acção colectiva deva ser intentada, em lugar de uma acção individual, dever-se-á cifrar nas 2000 coroas dinamarquesas, perto de 270 euros.

Em segundo lugar, abdicar-se-á do sistema de *opt-in* se este se verificar inapropriado para o julgamento das acções, como quando número de pessoas que pretendem aderir à acção exige por parte da administração (que regista as adesões à acção colectiva) um esforço desmesurado.

Já o Ministério da Justiça da Grécia, diferentemente, defendendo o sistema de *opt-out*, entende que este responde melhor que o sistema de *opt-in*, quando estamos perante o problema da definição demasiadamente restrita de quem pode intentar a acção colectiva. Expliquemo-nos. De acordo com o governo helénico, perante as consequências negativas de uma definição pouco difusa, como a possibilidade de vários consumidores, apesar de terem razões para tal, não poderem intentar uma acção colectiva, um sistema de *opt-out*, constituirá melhor solução. Esta posição assentará na ideia de que um modelo de auto-exclusão permitirá maior permeabilidade à adesão de consumidores à acção colectiva.

Já a *National Consumer Agency* da Irlanda, apesar de parecer não tomar posição clara sobre que modelo adoptar, também aborda esta temática atribuindo especial importância à necessidade de que, a ser implementado um sistema de *opt-out*, seja aplicado um prazo relativamente curto (determinado pelo juiz) para se proceder à auto-exclusão por parte do consumidor, de modo a que se conheça, com algum nível de certeza, a abrangência da acção.

De resto, a AVIVA, uma conhecida companhia de seguros a nível mundial, parece atribuir especial importância à necessidade de implementação de um sistema de *opt-in* na eventual legislação europeia respeitante à tutela colectiva.

Ora, esta seguradora sustenta que um sistema assente na imprescindibilidade de consentimento prévio para inclusão no âmbito subjectivo da propositura da acção colectiva responde com maior acuidade às necessidades dos consumidores, uma vez que estes, perante um sistema com aquelas características, tomam uma decisão consciente, quando aderem à acção. Além desta razão, a seguradora entende que o sistema de *opt-in* permite a demonstração de interesse por parte do consumidor, é baseado na escolha individual e possibilita uma melhor informação aos consumidores. A companhia entende ainda que este sistema permite que a compensação advinda da procedência da acção acompanhe o nível de prejuízo, bem como o desenvolvimento do Direito do Consumo à medida do interesse dos consumidores, e que o réu conheça o número de interessados na acção, o que lhe permite avaliar as potenciais obrigações financeiras que decorrerão da procedência da acção. De resto, sustenta a seguradora que este sistema não permite a agregação de indemnizações e encoraja acções meritórias.

Nesta linha surge a Câmara Federal de Trabalho da Áustria (*Österreichische Bundesarbeitskammer*) que entende que o sistema de *opt-in* é o que melhor se adequa às acções colectivas uma vez que a tutela colectiva deve ser vista como um mecanismo legal suplementar e não como um meio para tornar mais difícil a propositura individual de acções.

Restrições e proibições à possibilidade de condenação ao pagamento de indemnizações sancionatórias, os *punitive damages* ou *non-economic damages*

Ab initio, será pertinente trazer a noção de *punitive damages* a este trabalho. Os *punitive damages* traduzem-se no pagamento por parte do réu lesante numa acção judicial, que vai além do mero ressarcimento do lesado e compreende, isso sim, um carácter retributivo da conduta do lesante. Neste texto recorreremos, além da expressão na sua formulação original, ao conceito de indemnizações não compensatórias, indemnizações punitivas e indemnizações sancionatórias.

Estas indemnizações ganharam projecção nos EUA através do julgamento de casos nos quais era demandada a *Ford Motor Company*⁴⁰, conhecida fabricante de automóveis. Cumpre realçar o *Pinto case*⁴¹, no qual foram atribuídas indemnizações com carácter sancionatório, consequência da constatação de que aquela companhia automobilística, perante a alternativa de ter de alterar parte dos componentes do automóvel ou de ter de atribuir indemnizações compensatórias aos lesados, preferiu a obrigatoriedade de pagamento das indemnizações, uma vez que estas seriam menos dispendiosas do que alterar a constituição dos automóveis, comportamento que revelou falta de sensibilidade perante a integridade física e vidas humanas. Segundo o júri, tornou-se, deste modo, necessário aumentar o leque de indemnizações a pagar pelo lesante, e foram concedidas aos lesados indemnizações punitivas.

Apesar do benefício, que à data (do julgamento referido), a aplicação de indemnizações não compensatórias trouxe, na realidade, segundo o *Institute for Legal Reform*⁴², muita da litigância abusiva perpetrada no âmbito da tutela colectiva tem origem na variedade de indemnizações atribuídas em acções judiciais. Na realidade, o valor das indemnizações não compensatórias, que vai muito além do dano económico sofrido realmente pelo lesado, é, regra geral, duas ou três vezes superior ao das indemnizações que visam compensar o dano sofrido. Este problema, que tem raízes

⁴⁰ Conforme refere PAULA MEIRA LOURENÇO in “*A Indemnização Punitiva e os Critérios para a sua Determinação*”, texto adaptado da intervenção da autora em Colóquio subordinado ao tema “ Responsabilidade Civil – Novas Perspectivas”, 2008, página s 4 a 7.

⁴¹ Caso que teve origem na explosão de um automóvel da marca *Ford* decorrente do impacto com um obstáculo. Apurou-se que tal explosão se devia á fragilidade do material do tanque de gasolina do veículo.

⁴² In *The Globalisation of Class Actions: Safeguards Curb Litigation Abuse*, página 6.

americanas, tem obtido da parte dos EUA uma resposta mais restritiva no que respeita à admissibilidade das indemnizações não compensatórias.

Conforme tivemos oportunidade de verificar a inclinação patente nos documentos europeus acerca da tutela colectiva vai no sentido da proibição das indemnizações de carácter punitivo. No entanto, tal posição não é perfilhada por todos no Parlamento Europeu, sendo que DERK JAN EPPINK, na alteração n.º 56 ao ponto n.º 12 - 5, defende a necessidade de se alterar o conteúdo proposto para aquele ponto para a inclusão de aceitabilidade de “*indemnizações punitivas quando existam provas claras de que o comportamento do requerido é doloso, vexatório, abusivo ou fraudulento*”.

No entanto, cumpre analisar, o regime português. Do ponto de vista do regime geral, destacamos desde logo, a posição de PAULA MEIRA LOURENÇO⁴³ que partindo da decisão tomada pelo STJ em 1998, sustenta que existem diversas manifestações do carácter punitivo das indemnizações de responsabilidade civil no Código Civil português. São elas a responsabilidade civil com culpa, o recurso à equidade para fixação da indemnização, a geral irrelevância da causa virtual, os danos não patrimoniais⁴⁴, a mora do devedor, as punições civis.

Ora, no regime da acção popular, que maior importância terá no âmbito deste trabalho, encontramos no artigo 12.º n.º 4 “...o consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais...” e no artigo 22.º, a previsão no seu n.º 1 de que “A responsabilidade por violação dolosa ou culposa dos interesses previstos no artigo 1.º constitui o agente causador no dever de indemnizar o lesado ou lesados pelos danos causados.” e no n.º 3 “Os titulares de interesses identificados têm direito à correspondente indemnização nos termos gerais da responsabilidade civil.”

De facto, também no regime especial, encontramos traços (indemnizações não patrimoniais e responsabilidade civil com culpa) que a autora citada considera concretizações da previsão de indemnizações não compensatórias no nosso

⁴³ *In op. cit.*, páginas 12 e 13.

⁴⁴ Não sendo objecto do nosso texto a questão da admissibilidade das indemnizações sancionatórias *latu sensu*, mas apenas no que estas concernem à tutela colectiva, não nos devemos abster de discordar, com a devida vénia, da autora citada, uma vez que consideramos que a atribuição de indemnizações por danos não patrimoniais consubstancia-se num ressarcimento e, deste modo, não pode ser visto como um montante atribuído a um título que não o compensatório.

Ordenamento Jurídico. É nosso entender, no entanto, que as indemnizações punitivas não têm lugar no nosso regime e daí, sendo que a nossa discordância com a posição da autora citada, diz respeito à admissibilidade de tais indemnizações *latu sensu*, tal também, necessariamente inclui a sua (in)admissibilidade no que concerne às acções colectivas, como teremos oportunidade de justificar.

Já PAYAM MARTINS⁴⁵ entende que em face das dificuldades no cálculo da indemnização a apagar pelo lesante ao lesado dada a possibilidade de serem vários os titulares dos interesses em causa a se auto-excluírem, e de, nesse caso, o valor a ser pago não corresponder ao dano causado, poder-se-á tornar a “indemnização colectiva numa indemnização punitiva”. O autor admite a concessão desta natureza às indemnizações quando se está perante interesses difusos, rejeitando-a no caso em que estejam em litígio direitos fragmentados, a reparação dos danos individualmente sofridos uma vez que, por força da Constituição, deve ser este o objectivo visado pela propositura da acção.

Regressando à realidade americana, cumpre trazer a posição de MCGOVERN⁴⁶, que sustenta que apesar de grande parte dos estudos jurídicos terem demonstrado que as indemnizações sancionatórias são raras vezes declaradas procedentes em juízo, e os montantes serem, muitas vezes, reduzidos pelos tribunais de recurso, o efeito perturbador (a que o autor chama *shadow effect*) das indemnizações não compensatórias, proporciona a celebração de acordos, pelos réus, cuja prestação da parte demandada se cifra no pagamento de indemnizações compensatórias a valores muito altos de forma a evitar o risco de as indemnizações sancionatórias serem consideradas procedentes em Tribunal de júri. O mesmo autor entende⁴⁷ que a união entre acções colectivas e indemnizações sancionatórias não terá notória viabilidade mas, admite, no entanto, algumas janelas de oportunidade para esta comunhão, como nos casos de acções colectivas federais envolvendo uma catástrofe num único Estado, onde todas as partes com semelhantes relações com a causa estejam incluídas, os elementos dos vários casos individuais sejam idênticos, os danos financeiros estão determinados, em que sejam arguidas, contra o réu, indemnizações sancionatórias, e que indemnizações sejam compatíveis com o carácter repreensível da conduta dos réus.

⁴⁵ *In op. cit.*, páginas 119 e 120.

⁴⁶ *In Punitive Damages and Class Actions, Louisiana Law Review*, Volume 70, 2010, páginas 436 e 437.

⁴⁷ *In op. cit.*, páginas 461 e 462.

Outros casos serão aqueles em que o Tribunal adopte um raciocínio diferenciado para os *punitive damages* baseado em argumentos económicos em que os danos provocados pela prática da conduta lesiva devem ser totalmente indemnizados pelo lesante, tendo em vista uma mensagem de prevenção geral.

Também analisando a problemática das acções colectivas em conjunto com a atribuição de indemnizações não compensatórias, PARISI e CENINI⁴⁸, mostram que uma das consequências da conjunção de ambas as realidades é o aumento do risco moral que, a este propósito, se refere à possibilidade de alteração de comportamentos dos lesados, desde logo no que tange aos níveis de precaução destes, perante a possibilidade de redistribuição do risco como no caso em que a atribuição de indemnizações sancionatórias promove uma melhor situação económica do lesado depois da lesão em comparação com a situação prévia à mesma. Isto é, é motivo para inquietação dos autores a possibilidade de os eventuais lesados agirem com despreocupação e, cremos, negligentemente, podendo mesmo contribuir para a ocorrência do dano, perante a possibilidade de obterem um benefício com esse dano, conduta que constitui, a nosso ver, um paradoxo.

⁴⁸ *In Punitive Damages and Class Actions*, University of Minnesota Law School., *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper no. 08-38, 2008, páginas 5 e 6.

Princípio “quem perde, paga” ou “perdedor-pagador” (*Loser Pays Rule*)

O princípio “quem perde, paga”, com origem no termo anglo-saxónico, *loser pays rule*, consiste no pagamento das custas judiciais da parte vencedora na acção judicial por parte de quem a perde. A *English rule* afigura-se, de acordo com alguns autores, como um dos meios mais audazes (se não o mais audaz) e importantes na prevenção de comportamentos que se possam consubstanciar em litigância abusiva, uma vez que implica a consciencialização por parte dos litigantes (em especial dos queixosos, dos autores da acção judicial) dos custos que a litigância inconsequente pode arcar.

Será, desde logo, importante referirmo-nos ao sistema português. O artigo 20.º da lei n.º 83/95 estabelece o regime aplicável entre nós. O n.º 2 deste artigo prevê a isenção total de custas a pagar pelo autor caso se verifique a procedência parcial do pedido. Já o n.º 3 do mesmo artigo institui que em caso de improcedência total do pedido, o autor será condenado ao pagamento de entre um décimo e metade do valor das custas, em função da capacidade económica daquele. Estamos, deste modo, perante um regime que, além de prever a regra “perdedor-pagador”, ainda que de forma mitigada, protege, de algum modo, o autor da acção, uma vez que ao réu, ao contrário do autor, será sempre exigido o pagamento de custas, mesmo que, conforme verificámos, o pedido seja totalmente improcedente. Estas duas conclusões decorrem da mesma circunstância: a obrigação de pagamento das custas até 50% (apenas) por parte do autor, em caso de improcedência do pedido.

Não deixa de ser interessante constatar que, além da remissão para as legislações nacionais que o projecto de relatório promove em relação a este meio de controlo, não foi elaborada, quanto a esse ponto, qualquer proposta de alteração que visasse proporcionar uniformização europeia.

Na realidade a regra “quem perde, paga” vigora na grande maioria dos países europeus, ainda que a norma esteja sujeita a alguma discricionariedade dos tribunais, em contraste com os EUA, país no qual esta temática é debatida há vários anos e em que se continua a preferir a *American rule*, que postula que cada parte, numa acção judicial, é

responsável apenas pelos seus próprios custos⁴⁹⁵⁰. Ora, segundo alguma doutrina, esta posição de afastamento da *loser pays rule*, em conjunto com a proliferação da disponibilidade ou possibilidade de celebração de acordos ou negócios processuais, torna, na realidade, gratuita, a propositura de acções, não obstante a sua possível falta de mérito⁵¹.

Como se referiu acima, tem-se debatido esta problemática nos EUA, confrontando-se as mais variadas posições.

Perfilhando o ponto de vista favorável à aplicação da regra em causa MARIE GRYPHON⁵² entende que esta permitiria a redução de acções judiciais demeritórias, salientando que a quase totalidade dos economistas que estude este fenómeno, chegará à mesma conclusão. A mesma autora sustenta ainda que a adopção desta medida motivaria o cumprimento da lei por parte de comerciantes e outros potenciais réus em acções judiciais, uma vez que estariam inibidos, pela ameaça de pagamento das custas da outra parte, de lesar os consumidores. No entanto, GRYPHON defende que esta medida não teria um efeito tão pesado nas acções colectivas, uma vez que nestas, é o risco de imposição do pagamento de uma indemnização de grande importância, e não tanto o pagamento das custas judiciais, que pressiona o réu a celebrar um acordo com o autor.

Esta autora suporta as suas convicções em dados que dão conta de um peso superior das acções de responsabilidade civil em percentagem do PIB, nos EUA em comparação com países nos quais vigora a regra *loser pays*⁵³.

No entanto, a ideia de que a aplicação desta regra constitui a única solução para o problema americano deve ser afastada, isto é, a solução passa por esta medida mas

⁴⁹ Alude ao facto de por vezes alguns tribunais dos sistemas de *common law* aplicam de modo mitigado o princípio *loser pays*, ao não exigirem da parte perdedora o pagamento das custas da parte vencedora em casos de interesse público, JOHN E. BONINE in *Best Practices – Access to Justice (Agenda for Public Interest Law Reform)*, *World Resources Institute*, 2009, página 25.

⁵⁰ Refere também JOHN E. BONINE, in *op. cit.*, página 28, que os regimes jurídicos polaco, espanhol e eslovaco prevêem que se autoridades públicas perdem a acção para os vencedores. No entanto o inverso não se aplica no sistema polaco. O autor define este fenómeno como *Government-pays*.

⁵¹ In *the Globalization of Class Actions: Safeguards Curb Litigation Abuse*, *Institute for Legal Reform*, página 2.

⁵² In *Greater Justice, Lower Cost: How a "Loser Pays" Rule Would Improve the American Legal System*, *Civil Justice Report* para o *Manhattan Institute for Policy Research*, n.º11, Dezembro de 2008.

⁵³ Estes dados datados de 2003, mostram que o peso daquelas acções era de 2.2% do PIB, enquanto que, no Canadá, era apenas de 0.8% em relação ao mesmo indicador.

não só, conforme reforça RUDOLPH GIULLIANI⁵⁴ que entende ser uma necessidade a imposição de limites ao ressarcimento de *punitive damages*, medida que já tivemos oportunidade de abordar mas sobre a qual ainda explicitaremos o nosso ponto de vista neste trabalho.

Nesta linha, DEBORAH R. HENSLER e THOMAS D. ROWE, JR.⁵⁵ através de uma análise que os próprios consideram inconclusiva, entendem que a aplicabilidade da *loser pays rule*, abdicando-se da natureza punitiva, poderá melhorar a capacidade do sistema em atrair acções meritórias e resolver essas acções a favor dos autores, afastando as acções demeritórias e acordos secretos. No entanto, os autores reconhecem que os efeitos podem ser pouco significativos e a necessária radical alteração ao sistema jurídico (americano) tornaria pouco compensadora a aplicação da regra. Consideram estes autores, ainda, que aplicar esta regra à parte ré afigura-se um cenário complicado, uma vez que não existe do lado da defesa a visão empresarial que os advogados dos autores da acção podem ter.

Segundo JAMES ZIRIN⁵⁶ a regra de “quem perde paga” pode, de facto, impedir que algumas acções (que não têm sustentação) sejam intentadas. No entanto, este autor entende que já existem no sistema americano actual, meios para prevenir e punir a propositura abusiva de acções carecidas de mérito.

Contra a imposição da *English rule* encontramos a *American Bar Association*, que a considera um ataque ao acesso aos tribunais e um imposto aplicado ao direito de litigar. Perfilhando da posição de afastamento desta regra encontramos vários autores a que faremos referência em seguida.

Já VICTOR SCHWARTZ⁵⁷, entende que, a regra, que por ora abordamos, não poderia funcionar nos EUA uma vez que os juízes seriam tendentes a não a aplicar em alguns casos, sendo que a medida apenas funcionaria para uma das partes⁵⁸, isto é, se o

⁵⁴ Em prefácio ao artigo de GRYPHON.

⁵⁵ *In Beyond “It just ain’t worth it” Alternative Strategies for Damage Class Action Reform, Law and Contemporary Problems*, v. 64, Spring/Summer, 2001.

⁵⁶ In <http://newtalk.org/>.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Recordamos que HENSLER e ROWE JR. também sustentam a ideia de difícil aplicação desta regra aos réus, ainda que fundando a sua posição em razões distintas.

réu perder paga as custas da outra parte (funciona a regra), mas se o autor perder, não será sujeito a fazê-lo. Esta posição encontra sustentação na ideia de que o juiz em causa terá sempre maior precaução na aplicação desta regra com quem é alegado lesado, aspecto salientado por E. DONALD ELLIOT⁵⁹ que afirma que muitos juízes entendem os autores de acções judiciais como uma classe empobrecida, ao contrário dos réus, mais abastados. É posição deste professor de que é necessário que a regra *loser pays* afecte, além do autor patrocinado em juízo, o advogado, uma vez que em grande parte das ocasiões, os advogados são mais endinheirados que os seus clientes e são os primeiros que decidem se avançam ou não para a propositura da acção.

SAMUEL ISSACHAROFF⁶⁰ entende que se é verdade que esta regra impediria a propositura de algumas acções, uma vez que o autor repensará a sua necessidade perante a possibilidade de ter de arcar com as despesas da parte contrária, é também verdade que outras acções serão incentivadas. Este autor teme a escalada desconcertante dos custos nos casos em que não ocorre de imediato um acordo entre as partes. Sustenta a sua afirmação num modelo económico. Se se assumir que cada parte tem 50% de hipóteses de vencer a causa, então cada encargo marginal custa metade a essa parte. Deste modo, até certo ponto as partes resistem ao aumento dos custos uma vez que estas consciencializam-se do risco em que incorrem. No entanto, tal comportamento é alterado se se adoptar a regra *loser pays*. Isto é, sempre que uma parte gastar 1 dólar (ou um euro) existem 50% de hipóteses de ser a outra parte a ter de o pagar, pelo que o desconto nos seus custos é de 50 cêntimos. Para além disto, uma vez que uma parte não controla o que a outra parte gasta, há o risco de esta parte estar a gastar até arruinar a outra, o que promove a escalada de custos. GRYPHON contesta a argumentação de ISSACHAROFF sustentando que a preocupação daquele autor apenas procederia, se o facto de se gastar mais numa acção aumentasse, necessária e proporcionalmente, as hipóteses de sucesso e se as despesas não fossem aquilo a que o economista AVERY KATZ⁶¹ chama de despesas provocadoras, isto é dispêndios que não requerem da outra parte o pagamento de fundos adicionais, não dando origem a escaladas de custos.

⁵⁹ In <http://newtalk.org/>.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

Nesta linha argumentativa de que os custos da litigância aumentam com a aplicação da regra *loser pays*, surge HERBERT M. KRITZER⁶², que sustenta também que nenhum estudo demonstrou que uma parte considerável de acções judiciais é inútil. Segundo este autor, se esta regra entrasse em vigor nos EUA, criar-se-ia um mercado de seguros para cobrir o risco em que os autores de acções judiciais incorrem, de ter de pagar os custos da parte vencedora, tal como sucedeu em Inglaterra, em que muitas vítimas lesadas se protegem contra a possibilidade de perder a causa, através da obtenção de um seguro cujo custo poderá ser transferido para o réu, caso ao autor vença.

JOHN FABIAN WITT⁶³ defende por sua vez, que um queixoso com especial gosto pelo risco terá uma tendência mais acentuada para intentar uma acção ao abrigo da *loser pays rule* dado que esta aumenta o leque de ganhos, o que leva o autor a crer que abdicar da *American rule* pode não ser aconselhável.

Já ROBERT S. PECK⁶⁴ parece tendente ao afastamento da aplicabilidade da *English rule* atendendo à consideração de que o facto de uma parte perder a acção que intenta não significa que essa acção seria despida de mérito *ex ante*⁶⁵. O mesmo raciocínio é formado em relação ao réu que perde a acção. O facto de a perder não significa que a sua defesa foi frívola.

Por outro lado, REIMANN⁶⁶ advoga que a *loser pays rule* não promove convenientemente o acordo entre as partes excepto no facto de alertar para o risco da propositura de acções demeritórias.

Segundo JOHN E. BONINE⁶⁷, admitir a entrada em vigor de uma política com estas características, aplicável de modo absoluto, sem excepções, consubstanciar-se-á numa barreira significativa ao acesso à justiça. Este autor entende que esta regra é mais desencorajadora para o queixoso (médio) porque o que este pode perder com a acção judicial não é compensado pelo eventual ganho advindo da vitória na mesma, se a

⁶² In "*Loser Pays*" Doesn't, *Legal Affairs*, Novembro/Dezembro de 2005.

⁶³ In <http://newtalk.org/>.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Conforme refere E. DONALD ELLIOTT.

⁶⁶ In *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Comparative Study*, (*Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*), Springer, Nova Iorque, 2012.

⁶⁷ In *op. cit.*, páginas 22 a 24.

propositura desta não visar uma compensação económica mas antes o cumprimento da lei.

Cumpra ainda afirmar que a aplicabilidade desta regra prevista em legislação europeia é também uma preocupação da Comissão Europeia, espelhada na Consulta Pública acerca da tutela jurisdicional colectiva, dirigida a todos os interessados que a ela quisessem responder.

Várias foram as respostas a esta consulta, pese embora, apenas algumas suscitarão referência neste nosso trabalho.

Ora, parece existir algum pendor de grande generalidade dos interessados que responderam a esta consulta, no sentido de apoiar a introdução, em legislação europeia, da regra *loser pays*. Ocorrem, no entanto, algumas diferenças no que concerne à amplitude que a aplicação desta regra deve merecer. Se por um lado, o Ministério da Justiça da Grécia entende que este princípio deve ser aplicado sem excepções, o Governo da Dinamarca, defende que deverá existir a possibilidade de se estabelecerem excepções de acordo com o juízo de equidade do julgador, posição também sustentada por grande parte dos contribuidores desta consulta como, o Governo polaco, o Centro Europeu de Consumo da Lituânia (*Europos Vartotoju Centras*) ou o Centro de Arbitragem e Conflitos de Consumo de Lisboa.

Também neste sentido, de abertura de excepções à regra, surge o Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal que atribui especial relevância ao facto de, na sua opinião, a aplicabilidade deste princípio garantir uma efectiva justiça e desincentivar a propositura de acções espúrias. Acrescenta o Ministério que o princípio “quem perde, paga” deverá ser aplicado com determinadas condições “de forma a não constituir um entrave à iniciativa processual e ao acesso à justiça”, “devendo o pagamento das custas em caso de decaimento total cingir-se ao pagamento de uma pequena percentagem”, referindo ainda que em Portugal, o juiz pode condenar a parte vencida ao pagamento de entre 1/10 e a totalidade dos custos de contencioso normal regular”.

Cumpra ainda fazer menção à ideia sustentada pela *Friends of the Earth Europe* que vai no sentido de que as decisões devem ser tomadas o mais cedo possível no

decorrer do processo, uma vez que quanto mais tarde essa decisão ocorrer, menor alcance terá o efeito pretendido pela aplicação desta regra.

No entanto, nem todos estão de acordo no que à aplicabilidade deste princípio diz respeito. Segundo o *American Antitrust Institute*, a ideia de que ocorre nos EUA um exercício abusivo de litigância de forma reiterada no que tange às acções colectivas constitui um mito sem base empírica.

Atendendo a todas estas posições verificamos que a aplicação de semelhante regra não constitui consenso e merecer-nos-á uma posição no final deste texto.

Justiça nos valores dos honorários dos advogados e nos acordos celebrados pelas partes

Desde logo, cumpre referir que, do ponto de vista meramente formal na estrutura do nosso trabalho, preferimos a propósito dos meios de combate à litigância abusiva da tutela colectiva, abordar estes dois meios, acima referidos, de modo conjugado, uma vez que, a nosso ver, estão sobejamente relacionados. Começando pelo aspecto relativo aos honorários dos advogados cabe afirmar que estão em causa situações em que o autor da acção, acorda com o seu advogado, que este sustenta os custos de litigância (taxas de justiça, custas processuais), em troca de uma percentagem da eventual indemnização a que o autor terá direito que será confiada ao defensor, caso a acção proceda.

Quanto aos honorários dos advogados, e em concreto, à forma a seguir para o seu cálculo, cumpre, desde logo, referir que é vedada a celebração de pactos de *quota litis*, vide artigo 101.º do Estatuto da Ordem dos Advogados:

“1 - É proibido ao advogado celebrar pactos de quota litis.

2 - Por pacto de quota litis entende-se o acordo celebrado entre o advogado e o seu cliente, antes da conclusão definitiva da questão em que este é parte, pelo qual o direito a honorários fique exclusivamente dependente do resultado obtido na questão e em virtude do qual o constituinte se obrigue a pagar ao advogado parte do resultado que vier a obter, quer este consista numa quantia em dinheiro, quer em qualquer outro bem ou valor.

3 - Não constitui pacto de quota litis o acordo que consista na fixação prévia do montante dos honorários, ainda que em percentagem, em função do valor do assunto confiado ao advogado ou pelo qual, além de honorários calculados em função de outros critérios, se acorde numa majoração em função do resultado obtido.”

Apesar de proibida, a celebração de pactos de *quota litis* encontra alguns apoiantes⁶⁸ que entendem que a admissibilidade desta prática poderia facilitar o

⁶⁸ In ÂNGELA FROTA, CRISTINA RODRIGUES DE FREITAS e TERESA MADEIRA, *op. cit.*,

“recurso generalizado ao meio processual idóneo para tutela de interesses e direitos” possibilitando “uma adequada efectividade dos direitos da massa de consumidores circunstancialmente afectados.” Acrescentam estes autores que “com a abertura da “*quota litis*”, como modo de encorajamento para que se ajuizassem acções do jaez destas, sem que se caísse em uma vaga de litigiosidade estéril, colher-se-iam vantagens assinaláveis”. Contudo, é justamente o problema da “litigiosidade estéril” (utilizando a expressão dos autores citados) que se pretende evitar, e que, cremos, não encontraria solução caso a esta posição doutrinária fosse reconhecido acolhimento legal.

Novamente, esta não é uma questão unânime na UE⁶⁹. Na realidade, alguns países como a Espanha, Itália, Lituânia, Polónia e a Alemanha admitem, ainda que sem o alcance que o regime americano concede, que a remuneração dos advogados seja calculada proporcionalmente ao montante obtido através da acção colectiva, trata-se, usando a terminologia anglo-saxónica, dos chamados *contingent fees*.

Já na Dinamarca, é aplicado um regime que prevê a admissibilidade de *conditional fees* (recorrendo novamente à nomenclatura anglo-saxónica) através dos quais os honorários dos advogados são atribuídos em função da vitória na acção, não dos valores obtidos⁷⁰.

Voltando a referir as alterações propostas em sede de Parlamento Europeu ao projecto de relatório, encontramos e destacamos a posição de ROLANDAS PASKAS, exposta na alteração n.º 55 ao n.º 12 – 5, que entende que se deverá retirar daquele projecto a rejeição dos honorários dos advogados fixados proporcionalmente, ao rendimento da acção. Menos radical, é novamente WALLIS, que na alteração n.º 57 ao mesmo ponto, entende que aquela fórmula de cálculo não deve “*fazer parte do quadro obrigatório*”. Repetidamente, verificamos que aquelas que são as orientações patenteadas quer no Livro Verde quer no projecto de relatório são colocadas em causa através destas propostas de alteração.

Nos EUA, os honorários dos advogados são fixados em função do rendimento da acção. Este país que serve, não raras vezes, de demonstração negativa dos reflexos de

⁶⁹ In MARIUSZ MACIEJEWSKI, *op. cit.*, página 41.

⁷⁰ Vide WINAND EMONS e NUNO GAROUPA, *US-style Contingent Fees and UK-style Conditional Fees: Agency Problems and the Supply of Legal Services*, Forthcoming *Managerial and Decision Economics*, 2005, página 2.

alguma legislação demasiado liberal a respeito das acções colectivas, começou por mostrar alguma preocupação com a matéria que neste capítulo tratamos. Veja-se o ponto (h) da *Rule 23* que prevê: “*In a certified class action, the court may award reasonable attorney's fees and nontaxable costs that are authorized by law or by the parties' agreement.*” É notória a referência a razoabilidade dos honorários dos mandatários judiciais. Aliás essa preocupação é reforçada com a emenda de 2003 na qual se infere a relevância do rendimento da acção colectiva para os consumidores litigantes, sendo feita, aliás, menção ao *The Private Securities Litigation Reform Act* no qual se prevê a proibição de que os honorários dos advogados excedam uma percentagem razoável das indemnizações atribuídas aos consumidores demandantes.

Já em 2005, a matéria dos honorários bem como a dos acordos sigilosos foram objecto de regulação, relativamente recente, no *Class Action Fairness Act* no qual se previu no § 1712 (a) que se se estiver perante um acordo de vale (conforme nomenclatura que já acima optámos por utilizar) o valor a pagar ao advogado deve ser calculado em função do valor recuperado com esse acordo; em (b) (1) que se o montante obtido com a celebração do acordo não é base de cálculo dos honorários do advogado, estes devem ser calculados pelo tempo despendido na acção; no ponto (b) (2) que os honorários dos advogados devem ser sujeitos a aprovação pelo Tribunal; no ponto (c) se prevê a possibilidade de pagamento dos honorários calculados através de uma base variável; no ponto (d) admite-se que seja confiada a um terceiro perito, pelo Tribunal, a requerimento de uma das partes, a avaliação dos acordos de vale celebrados⁷¹; e em (e) se postula que o Tribunal possa aprovar o acordo de vale depois de aferição da justiça, razoabilidade e adequação do acordo em relação aos consumidores em litígio e que se possa atribuir parte dos vales não reclamados por estes a uma ou várias instituições de caridade ou organizações governamentais, de acordo com a vontade das partes., mas que este valor não pode servir de base para o cálculo dos honorários dos advogados.

⁷¹ Sustenta o *Institute for Legal Reform in The Globalization of Class Actions: Safeguards to Curb Litigation Abuse*, , página 5, que é necessário que as regras sobre a aprovação pelo Tribunal e por peritos sejam claras no que tange ao critério utilizado para aferir da justiça dos acordos, que todas as partes devem ser abrangidas, incluindo os consumidores ausentes do litígio. Entende ainda como imprescindível que os terceiros sejam seleccionados através de um critério que garanta a sua imparcialidade e que tenham poder para comunicar directamente com os consumidores ausentes do litígio.

Conforme indica WILLIAM B. RUBESTEIN⁷², o regime previsto em (e) aprova a celebração de acordos caritativos por nós já referidos.

Partindo do contexto americano, no qual se admitem os honorários calculados em função dos montantes alcançados, JACK B. WEINSTEIN⁷³ entende que várias devem ser as questões lançadas no que diz respeito aos honorários dos advogados, questões que cumpre aqui citar e às quais procuraremos dar resposta com este nosso trabalho. As perguntas do autor dizem respeito ao dever dos advogados em reduzir as taxas a si pagas se o valor total não for proporcional ao trabalho realizado para cada cliente individual; a exigibilidade de o advogado propor um contrato de mandato cujos honorários sejam calculados com base no tempo despendido (vulgo, à hora); a necessidade de o mandatário fornecer informação relativa à probabilidade de celebração de acordo; a possibilidade de os honorários não serem exclusivamente calculados com base no valor obtido com o acordo; e qual o grau de rigor que o Tribunal deve impor na supervisão das taxas pagas aos advogados.

De resto, sustenta parte da doutrina⁷⁴ que o *Class Action Fairness Act* não prevê, mas porventura, deveria prever, a proibição de pagamento dos honorários por terceiros (prática corrente nos EUA, com alguma adesão na Europa) combinada com a hipótese já acima abordada, de aplicação do princípio perdedor-pagador.

Concedendo, a este propósito, que o nosso raciocínio pode ser, de algum modo, condicionado pela prática jurídica e legislação portuguesas e entendendo que no sistema americano, será difícil, introduzir no imediato, reformas profundas na legislação da tutela colectiva, cremos, no entanto, que um sistema, como o americano, que promove a prática da advocacia como actividade comercial, permite que a probabilidade de ocorrência de muitos dos problemas que aqui exploramos seja maior, do que noutros, como o português, em que, apesar dos francos problemas que no campo da Justiça tem, não assistimos a esta utilização abusiva do papel de mandatário para mera obtenção do lucro económico. Prática potenciada em concreto pela adjudicação dos honorários dos advogados em função do montante averbado na acção judicial. Entendemos ser esta

⁷² *Understanding the Class Action Fairness Act of 2005, UCLA Program on Class Actions*, 2005, página 10.

⁷³ *In Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation, Northwestern University Law Review*, Volume 8, n.º 2, 1994, páginas, 528 e 529.

⁷⁴ *In The Globalization of Class Actions: Safeguards Curb Litigation Abuse, Institute for Legal Reform*, página 5.

uma das vias pela qual deverá passar a alteração do regime americano, e com maior relevância para Portugal (dado o facto de se encontrar inserido no espaço europeu) a eventual legislação europeia acerca da tutela colectiva.

Já quanto aos acordos, cumpre referir que a Lei de Acção Popular é omissa. No entanto, conforme sustenta TEIXEIRA DE SOUSA, é aplicável o artigo 300.º n.º 3 do CPC que prevê a necessidade de verificação, por parte do Tribunal, de que a representação exercida pelo autor é adequada, ainda que aquele esteja “limitado ao controlo formal da transacção que lhe é apresentada”⁷⁵.

No que concerne aos acordos colusórios celebrados entre as partes está, novamente, em causa, a experiência norte-americana no que ao tema que versamos diz respeito. Salieta alguma doutrina a necessidade de aprovação do acordo pelo Tribunal ou por uma entidade independente, sistema adoptado por Itália. De facto, conforme refere a autora, já citada, DEBORAH HENSLER⁷⁶, não raras vezes, tanto os autores da acção judicial como os réus são criticados por celebrarem acordos em conluio, nos quais os réus se comprometem a contestar as excessivas taxas pagas aos advogados da *class*, em troca do pagamento de indemnizações bastante modestas aos membros da *class*. Como contrapartida, os réus obtêm *res judicata*, isto é, a celebração do acordo tem efeitos de caso julgado formal e material, não sendo o mesmo litígio passível de nova apreciação por parte do mesmo tribunal ou de outro. Deste modo, ambas as partes (partes do acordo, bem entendido, não as partes em litígio) são beneficiadas, mas o interesse dos consumidores é prejudicado.

Conta-nos a autora que, nos EUA, os conflitos de interesses criados nas negociações do acordo, conduziram à exigência pouco comum, de que o juiz reveja e aprove os acordos propostos atendendo aos critérios de justiça, adequação e razoabilidade. Em tribunais federais, os juízes devem promover consultas públicas acerca do acordo e ouvir os consumidores, membros da *class*, para que estes possam objectar, se assim desejarem, os termos do acordo. Já fora dos EUA, a aprovação

⁷⁵ *In op. cit.*, página 242.

⁷⁶ *In The Globalization of Class Actions: Safeguards to Curb Litigation Abuse*, Institute for Legal Reform, 2000, páginas 19 e 20.

judicial é uma exigência sem exceções e os critérios de aprovação diferem em cada país.

Acrescenta HENSLER que nos litígios em que há elementos de conexão com mais do que uma região, os processos judiciais terminam quase sempre, com a celebração de um acordo. Em regra, nos termos do acordo são fixados os valores que os réus devem pagar aos autores sendo que são estabelecidas as formas de compensação individual. Numa primeira hipótese estabelece-se uma fórmula de compensação individual. Em alternativa, poder-se-á optar por uma análise caso-a-caso, existindo a possibilidade de se combinarem as duas hipóteses. Alerta a autora, que, visto que a litigância agregada (colectiva) envolve várias acções individuais, existe a necessidade de se celebrar acordos individuais para que seja possível a celebração de um acordo global, prática comum nos anos recentes.

Já STEVEN B. HANTLER e ROBERT E. NORTON⁷⁷ atribuem especial importância aos *coupon settlements* (acordos de cupão, ou acordos de vale). Não abordando em demasia o problema, uma vez que acima, já nos referimos aos abusos praticados no âmbito da tutela colectiva, cabe apenas fazer uma breve referência ao facto de nestes acordos os queixosos receberem vales para compra de produtos e serviços enquanto os advogados obtêm quantias muito superiores ao montante alcançado pela indemnização concedida ao queixoso individual, que compõe o grupo de queixosos que intentaram a acção colectiva.

Estes autores sustentam, desde logo, a ideia de que é necessário intervenção legislativa a este propósito, com base em legislações aprovadas como a legislação (que aborda em conjunto os temas sobre os quais reflectimos neste capítulo) promulgada em 2003 no Estado americano do Texas na qual se previu que, na eventualidade de serem atribuídos vales como forma de compensação, os honorários dos advogados dos autores devem ser atribuídos na mesma proporção das compensações adjudicadas aos consumidores, bem como outras medidas⁷⁸ a tomar que passam pela redução dos incentivos à propositura de acções aos advogados promovida pelas empresas parte no litígio, bem como a necessidade de aquelas empresas estabelecerem acordos em género

⁷⁷ *In Coupon Settlements: The Emperor's clothes of class actions*, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2005, página 1.

⁷⁸ *In op. cit.*, página 6.

(ou outras que resultem em obrigações não pecuniárias) para que o interesse público seja promovido, e não o interesse do advogado. Acrescentam que as empresas não devem concordar com o pagamento de quantias excessivas no que tange aos honorários dos advogados, defendendo que os juízes em acções colectivas devem determinar o valor dos honorários a pagar aos advogados apenas depois da apresentação do acordo celebrado ao tribunal.

Nota ainda para a referência de HANTLER e NORTON ao *CAFA* que, de acordo com aqueles, preveria que um tribunal apenas poderia aprovar o acordo em causa depois de se aferir da justiça, razoabilidade e adequação do acordo em relação aos membros da *class*. Esta proposta vedaria o ressarcimento dos lesados através de contribuições com cariz caritativo por parte dos lesantes demandados na acção bem como o pagamento de honorários aos advogados em função do número de horas despendido no processo ou no valor dos vales obtidos pelos seus clientes. De facto, esta proposta foi aprovada no Congresso americano, conforme já tivemos oportunidade de referir, mas não nos moldes em que os autores citados criam à data (anterior à da aprovação da proposta).

Já JOHN C. COFFEE JR.⁷⁹ lança várias medidas a tomar (não obstante a sua discutibilidade) de modo a combater o risco de conluio nos acordos celebrados entre os litigantes. Centrando a sua análise na certificação provisória para efeitos de celebração de acordos, o autor sugere, desde logo, que antes que as partes cheguem a acordo e o demonstrem em Tribunal, este deve seleccionar formalmente os representantes (*counsel*) dos demandantes com quem os réus deverão negociar. Os advogados dos autores que, anteriormente à selecção referida, já tivessem obtido algum entendimento com os réus seriam desqualificados. De resto, poderiam os réus requerer ao Tribunal um prazo limitado para iniciar as negociações do acordo com os advogados dos demandantes.

Temendo a ocorrência de abusos, provocados pela aplicação desta reforma, sem a aplicação de outras complementares, é sugerido ainda por COFFEE que sejam criados comités que supervisionem a composição do *plaintiff's bar*. O perigo, alerta o autor, não

⁷⁹ *In Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Actions*, *Columbia Law Review*, Volume 95, n.º 6, 1995, páginas 1454 e 1455.

é o parco poder de que dispõem os tribunais para promoverem o acordo entre as partes, mas antes que aqueles possam pressionar apenas os autores através dos seus poderes.

Por outro lado, sustenta o autor que se deverá impedir a certificação de *class* de futuros queixosos, uma vez que estes são pouco interventivos e não podem fiscalizar a conduta dos seus advogados.

Posição Adoptada

Neste nosso trabalho tivemos a oportunidade de explorar a pluralidade de abusos perpetrados no âmbito da tutela colectiva bem como variados meios que podem desempenhar um papel fundamental no combate àqueles descomedimentos. No entanto, dada a natureza deste trabalho e a diversidade de posições relatadas, seria inadequado não facultar uma explicitação clara da nossa posição, ainda que ao longo deste texto se tenham notado algumas considerações pessoais. Em nosso entender será determinante conciliar alguns dos pontos de vista aqui elencados, uma vez que na sua generalidade, não obstante a apresentação de posições com as quais, com o devido respeito, discordamos, suscitam aspectos que podem contar com a nossa anuência.

Conforme referimos ao longo do texto, os EUA afiguram-se como a base de estudo perfeita, no que a tutela colectiva diz respeito, para o que na UE não se deve repetir. Poder-se-á pensar que as preocupações demonstradas pelos vários órgãos da UE são suficientes para poupar a Europa a comportamentos semelhantes aos praticados no regime norte-americano. No entanto, parece-nos que é necessária uma postura de alguma intransigência na defesa de um sistema mais equilibrado, apenas alcançável através de implementação de medidas à escala europeia.

Começámos por nos debruçar sobre o fenómeno de *forum shopping* que, não constituirá à escala nacional, ameaça em alguns dos ordenamentos jurídicos europeus, dada a dimensão territorial que os alberga, mas poderá manifestar-se na EU colectivamente considerada. Deste modo, defendemos que aquele será evitável se a uniformização da legislação europeia abarcar, além da lei processual, a lei substantiva dos diversos países, renuindo a repetição do que sucedeu nos EUA com os tribunais dos Estados Federados. Nesta linha, a padronização de um Direito do Consumo Europeu passará pela concertação do Direito Internacional Privado, o que envolverá a criação de novas regras.

Quanto às restrições à legitimidade na propositura de acções colectivas, cremos que o sistema português se apresenta como uma boa rampa de lançamento para a harmonização da legislação europeia. A possibilidade de indeferimento da petição

inicial bem como e a previsão de um organismo, no caso o Ministério Público, com poderes de substituição da parte demandante, configuram hipóteses que podem trazer bons ecos na nova legislação do velho continente. Cremos, no entanto, que apesar destas limitações susceptíveis de acolhimento pela tutela colectiva europeia, poderá ser aconselhável a adopção de um critério menos amplo, que aquele que se encontra patente na lei portuguesa, no que diz respeito à legitimação originária. Esta amplitude terá reflexos mais gravosos se, novamente, como no sistema nacional português, se instituir um sistema de auto-exclusão, uma vez que, existe a possibilidade, de serem vinculados pelo resultado da acção levada a cabo por um único cidadão, eventuais lesados não interessados nesta.

Ora, daquele tópicos de análise fazemos a ponte para a posição que acolhemos no que diz respeito ao sistema a adoptar. Em nosso entender, um sistema de consentimento prévio, será aquele que melhor resposta dará aos problemas de litigância abusiva. Estamos cientes da possibilidade de alguns dos titulares dos interesses em causa ficarem de fora, devido à aplicação daquele sistema. Tendo em vista combater essa eventualidade, sustentamos que deverá ser criado um mecanismo de notificação a todos os potenciais lesados. Deste modo apenas não serão abarcados pelos efeitos da decisão aqueles que não agirem no sentido da defesa dos seus interesses.

No que diz respeito às indemnizações punitivas, defendemos que estas deverão ser rejeitadas por, em nosso entender, redundarem num contra-senso. Expliquemo-nos. Desde logo por uma questão etimológica, ressarcimento não é compatível com retribuição, isto é, uma indemnização concedida ao lesado não pode ter por finalidade a punição do lesante. A ideia de ressarcir os danos baseia-se na necessidade de compensação, não na exigência de sanção do comportamento lesivo. Por outro lado, parece-nos que a ideia de sanção do comportamento do lesante deve ter lugar perante o Direito Penal, não o Direito Civil. Além do mais, poderá estar em causa uma situação de enriquecimento injustificado uma vez que é conferido ao autor um montante superior àquele que corresponde ao dano sofrido. Sustentamos que a solução poderá passar pela atribuição de indemnizações compensatórias mais elevadas que cubram danos não patrimoniais, se se justificar perante o caso concreto, uma vez que, como referimos, os danos patrimoniais têm correspondência directa com o montante atribuído, não estando sujeitos a um juízo de discricionariedade tão amplo como no caso dos primeiros.

Já a regra “quem perde, paga”, que, conforme referimos, no nosso ordenamento jurídico se encontra prevista de modo mitigado, pode afigurar-se como uma medida útil em todo o espaço europeu. No entanto, sustentamos que esta medida deve merecer aplicação a qualquer uma das partes, isto é, o réu não deverá ser preterido por ser, em princípio, mais abastado. De resto, para uma aplicação eficaz da regra é necessário que esta abarque os autores de forma plena uma vez que a eventual litigância abusiva é, por via de regra, por estes praticada.

Quanto aos honorários calculados em função do resultado da acção entendemos que a legislação europeia deve afastá-los expressamente. Se os *contingent fees* potenciam um comportamento empresarial dos mandatários judiciais, prática porventura danosa para os interesses dos consumidores, os *conditional fees* tornam a prática jurídica num exercício de alguma aleatoriedade, ainda que com risco calculado, por parte do advogado. Sobretudo defendemos a ideia de *praxis legis* isenta de comercialização.

Já no que se refere aos acordos celebrados entre as partes cumpre afirmar que, em regra, não se deverá aceitar a prática de *coupon settlements* (que tivemos oportunidade de denominar de acordos de vale ou acordos de cupão) por se revelarem, por vezes, manifestamente lesivos para os direitos dos consumidores. No entanto, julgamos que estes acordos poderão merecer aceitação na Europa em casos excepcionais como em situações em que o réu da acção se depare com obstáculos económico-financeiros e, deste modo, impossibilitado de ressarcir de modo directo o lesado. No entanto, ainda que se aceite a celebração dos acordos de vale nestes casos, não se deverá fazê-lo em relação a todos, uma vez que poderá ser contraproducente, como no caso em que o réu é demandado por comercialização de produtos defeituosos. Seria inadequado fornecer descontos aos demandantes na compra destes produtos.

Cumpre, de resto, concluir este texto desejando que a futura legislação europeia seja sujeita a um controlo rigoroso por parte dos órgãos da UE, manifestando a nossa vontade de que este tenha sido um trabalho profícuo para a prevenção dos abusos, que, de forma alguma, podem ter lugar neste continente.

Bibliografia

ALEXANDER, Charlotte S., *Would an Opt In Requirement Stop Class Action Strike Suits and Sweetheart Deals? Evidence from the Fair Labor Standards Act, Selected Works*, 2010.

BLAIR, Paxton, *The Doctrine of Forum Non Conveniens in Anglo-American Rule. Columbia Law Review*, Volume 29, n. ° 1, Janeiro de 1929.

BONINE, John E., *Best Practices – Access to Justice (Agenda for Public Interest Law Reform)*, World Resources Institute, 2009.

BRONSTEEN, John, *Class Action Settlements: an opt-in proposal*, *University of Illinois Law Review*, 2005.

COFFEE JR., John C., *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Actions*, *Columbia Law Review*, Volume 95, n. ° 6, 1995.

EMONS, Winand e GAROUPA, Nuno, *US-style Contingent Fees and UK-style Conditional Fees: Agency Problems and the Supply of Legal Services*, *Forthcoming Managerial and Decision Economics*, 2005.

FROTA, Ângela, FREITAS, Cristina Rodrigues de, e MADEIRA, Teresa, *Das Acções Colectivas em Portugal “no quadro do direito do consumo” - APDC - Associação Portuguesa de Direito do Consumo*, 2007.

GRYPHON, Mary, *Greater Justice, Lower Cost: How a "Loser Pays" Rule Would Improve the American Legal System*, *Civil Justice Report para o Manhattan Institute for Policy Research*, n. °11, Dezembro de 2008.

HANTLER, Steven B. e NORTON, Robert E., *Coupon Settlements: The Emperor's clothes of class actions*, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2005.

HENSLER, Deborah, *Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation*, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001.

HENSLER, Deborah R. e ROWE JR, Thomas D., *Beyond "It just ain't worth it" Alternative Strategies for Damage Class Action Reform*, *Law and Contemporary Problems*, v. 64, *Spring/Summer*, 2001.

Institute for Legal Reform, The Globalisation of Class Actions: Safeguards Curb Litigation Abuse, 2008.

KOCH, Harald, *International Forum Shopping and Transnational Lawsuits*, *The Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice*, *Palgrave Macmillan*, vol. 31, 2006, 2.

KRITZER, Herbert M., *"Loser Pays" Doesn't*, *Legal Affairs*, Novembro/Dezembro de 2005.

LOURENÇO, Paula Meira, *"A Indemnização Punitiva e os Critérios para a sua Determinação"*, texto adaptado da intervenção da autora em Colóquio subordinado ao tema "Responsabilidade Civil – Novas Perspectivas", 2008.

MACIEJEWSKI, Mariusz, *Overview of existing collective redress schemes in EU Member States*, *Directorate General for Internal Policies, Policy Department a: Economic and Scientific Policy*, 2011.

MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

MARTINS, António Payam, *Class Actions em Portugal*, Edições Cosmos, Dezembro de 1999.

MAZZEI, Rodrigo Reis, *Tutela Colectiva em Portugal: Uma breve resenha*, Verbo Jurídico, 2005.

MCGOVERN, Francis. E, *Punitive Damages and Class Actions*, *Louisiana Law Review*, Volume 70, 2010.

MULLENIX, Linda S., *The American Class Action Fairness Act and Forum Shopping American-Style*, *The Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice*, Palgrave Macmillan, Volume 31, N.º 2, Abril de 2006.

PARASHARAMI, Archis A. e RANLETT, Kevin S., *The Class Action Fairness Act, five years late*, *National Law Journal*, 2010.

PARISI, Francesco e CENINI, Marta, *Punitive Damages and Class Actions*, *University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series*, *Research Paper no. 08-38*, 2008.

PRYOR JR, William, *A Comparison of Abuses and Reforms of Class Actions and Multigovernment Lawsuits*, *Tulane Law Review*, Volume 74, 2000.

REIMANN, Mathias, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Comparative Study*, (*Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*), Springer, Nova Iorque, 2012.

RICKARD, Lisa, *The Class Action Debate in Europe: Lessons From the U.S. Experience*, *The European Business Review*, 2012.

RUBESTEIN, William B., *Understanding the Class Action Fairness Act of 2005*, *UCLA Program on Class Actions*, 2005

SCHAEFER, Hans-Bernd, *The Bundling of Similar Interest in Litigation. The Incentives for Class Action and Legal Actions taken by Associations*, *European Journal of Law and Economics*, 9:3, Kluwer Academic Publishers, 2000.

SILBERMAN, Linda, *In The Role of Choice of Law in National Class Actions*, *University of Pennsylvania Law Review*, Volume 156, 2008.

SILVER, Charles, *Class Actions – Representative Proceedings*, 1999.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, LEX, Lisboa, 2003.

VAN DIJCK, Gijs, *Class Membership in Class Actions: An Experimental Study of Opt In and Opt Out Models*, 2011

WEINSTEIN, Jack B., *Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, *Northwestern University Law Review*, Volume 8, n. ° 2, 1994.

WILLGING, Thomas E., HOOPER, Laural L., NIEMIC, Robert J., *An Empirical Analysis of Rule 23 to Address the Rulemaking Challenges*, *New York University Law Review*, 1996.

Publicações Disponíveis na Internet

KUNEVA, Meglena, *"Green Paper on Consumer Collective Redress"*, Press conference speaking points, Bruxelas, Novembro, 2008, consultado em http://europa.eu/index_pt.htm.

SILVEIRA, Jorge Noronha e, *O conceito de indícios suficientes no processo penal português*, 2004, consultado em <http://www.odireito.com.mo/>.

Would "loser pays" eliminate frivolous lawsuits and defenses?, 2008, consultado em <http://newtalk.org/>.