

ENCONTROS DE

Direito Civil

II

A tutela dos credores



II ENCONTROS DE DIREITO CIVIL

A tutela dos credores

© Universidade Católica Editora

Comissão Científica António Pinto Monteiro
Henrique Sousa Antunes
Paulo Mota Pinto
Filipe Albuquerque Matos
Mafalda Miranda Barbosa
Elsa Vaz de Sequeira
Ana Taveira da Fonseca

Título A tutela dos credores
Coleção Encontros de Direito Civil
Volume II
Capa Ana Luísa Bolsa | 4 ELEMENTOS
Revisão editorial António Brás
Conceção gráfica Magda M. Coelho | acenográfico

Impressão
e acabamento Europress - Indústria Gráfica
Depósito Legal 470906/20
Data junho 2020
Tiragem 500 exemplares
ISBN 9789725406885

Universidade Católica Editora
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020
uce@uceditora.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt



A TUTELA DOS CREDITORES
A tutela dos credores / António Pinto Monteiro... [et al.]. - Lisboa :
Universidade Católica Editora, 2020. - 480 p. ; 23 cm. - (Encontros de
direito civil ; 2). - ISBN 9789725406885
I - MONTEIRO, António Pinto, coaut. II - Col.
CDU 347

II ENCONTROS DE DIREITO CIVIL

A tutela dos credores

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
Lisboa, 2020

A tutela coletiva dos consumidores: desenvolvimentos do direito europeu*

HENRIQUE SOUSA ANTUNES**

A tutela coletiva dos direitos corresponde a uma forma de realização da justiça que pretende responder de modo agregado às necessidades de um conjunto de interessados unidos por circunstâncias de facto e de direito. A simultaneidade da satisfação assim proporcionada confere uma eficácia acrescida ao sistema jurídico, sob várias perspetivas: previne a violação do direito; faculta o acesso à justiça; traz homogeneidade às soluções que apresentam características idênticas.

A tutela coletiva acolhe duas dimensões essenciais: a inibitória e a indemnizatória. O direito europeu tem convivido pacificamente com as ações inibitórias. Em matéria de defesa dos consumidores, a Diretiva 2009/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, disciplina-as, apresentando-as como ações coletivas destinadas a prevenir infrações nacionais e transfronteiriças. A reforma a que atualmente se submete aquele regime pretende, apenas, preencher as lacunas que o tempo permitiu identificar.

Outro é o objetivo das ações coletivas fundadas na infração aos direitos dos consumidores: a tutela coletiva indemnizatória. Com a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de abril de 2018, relativa a ações coletivas para proteger os interesses coletivos dos consumidores [COM(2018) 184 final], a Comissão desbrava novos mundos.

O alheamento do direito europeu a respeito da tutela coletiva indemnizatória descobre o seu fundamento na desconfiança em relação ao sistema americano de *class actions*. O legislador confessa-o no primeiro momento em que se dispõe a acolher um instrumento indemnizatório

* Publica-se, sem alterações, o texto que serviu de base à nossa intervenção (22 de fevereiro de 2019).

** Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

de alcance coletivo, a Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013, sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União. Lê-se no considerando 15 desse texto: «Os mecanismos de tutela coletiva devem preservar as salvaguardas e garantias processuais das partes em ações cíveis. A fim de evitar o desenvolvimento de uma cultura de litígios abusivos em situações de dano em massa, os mecanismos nacionais de tutela coletiva devem incluir as salvaguardas fundamentais indicadas na presente recomendação. Em regra, devem ser evitados elementos como indemnizações punitivas, procedimentos invasivos de averiguação pré-processual e atribuição de indemnizações por júri, estranhos, na sua maior parte, às tradições jurídicas da maioria dos Estados-membros».

Em conformidade, os princípios adotados na Recomendação procuram, manifestamente, apartar o enquadramento europeu da tutela coletiva indemnizatória das *damages class actions* do direito norte-americano. Entre outros aspetos, realça-se a limitação da legitimidade a entidades designadas pelos Estados ou certificadas *ad hoc* pelas autoridades (4 a 7), o acolhimento do “princípio do perdedor pagador” (13), a preferência pelo regime do consentimento expresso das partes (adesão ou *opt-in*) (21), a exclusão de incentivos à litigância na fixação da remuneração dos advogados, designadamente pela rejeição, em regra, do regime “*no win, no fee*” (29 e 30), ou a proibição de indemnizações punitivas (31).

A Recomendação estabelecia que a Comissão apreciasse a aplicação daquele instrumento até 26 de julho de 2017 (41). Em 25 de janeiro de 2018, foi publicado o relatório devido. Nele se apura o impacto tímido da Recomendação. Conclui-se (pág. 21) que «a existência de mecanismos de tutela coletiva, bem como a aplicação de garantias contra potenciais abusos, é ainda muito desigual em toda a UE».

Os resultados insatisfatórios sobre a aplicação da Recomendação constituem, sem dúvida, a *occasio legis* da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de abril de 2018, relativa a ações coletivas para proteger os interesses coletivos dos consumidores e que revoga a Diretiva 2009/22/CE. Façamos uma descrição dos seus traços essenciais, em especial a respeito da tutela coletiva indemnizatória:

- a) A Diretiva tem um vasto âmbito de aplicação, alargando-se a domínios diversos dos regimes de tutela específica dos

consumidores, nomeadamente os serviços financeiros, as viagens e o turismo, a energia, as telecomunicações e o ambiente. Compreende, ainda, as infrações nacionais e transfronteiriças (considerandos 6 e 8);

- b) A Diretiva é de harmonização mínima, não substituindo, pois, os mecanismos nacionais de tutela coletiva que com aquela sejam compatíveis (considerando 24);
- c) Embora a Recomendação de 2013 preserve a sua autonomia relativamente à proposta de 2018, sabendo que alguns dos elementos processuais naquela previstos a esta escapam (exposição de motivos – págs. 4 e 5), a prevenção do recurso abusivo às ações coletivas inspira, de igual modo, o regime projetado. Nesses termos dispõem: a exclusão de indemnizações punitivas; a definição de limites à legitimidade ativa; o respeito pelas normas nacionais em matéria de repartição das custas processuais; os deveres de transparência das entidades qualificadas, ou seja, das entidades com legitimidade para proporem uma ação coletiva (considerandos 4 e 25);
- d) Na ação coletiva de reparação, a decisão de reparação pode, em certos termos, ser substituída por uma decisão declarativa da responsabilidade do profissional, invocável em subseqüentes ações de reparação propostas pelos consumidores individuais lesados (considerandos 19 e 34);
- e) As decisões finais que apurem a existência de uma prática lesiva dos direitos ou interesses dos consumidores constituem uma prova irrefutável da infração em ações de reparação dentro do mesmo Estado-membro e uma presunção ilidível daquela infração em processos instaurados noutro Estado-membro (considerando 33);
- f) É incentivada a resolução dos litígios por acordo das partes (considerandos 26 a 30);
- g) A informação devida a respeito de uma ação coletiva deve ser adequada e proporcional às circunstâncias do caso (considerandos 31 e 32);
- h) A eficiência do processo é assumida como um objetivo a prosseguir pelo legislador (exposição de motivos – pág. 3), justificando, nomeadamente, o acolhimento dos regimes seguintes: (i)

a suspensão ou a interrupção dos prazos de prescrição aplicáveis a ações de reparação subsequentes à propositura de uma ação coletiva (considerando 35); (ii) o direito de as entidades qualificadas requererem que o profissional divulgue elementos de prova com pertinência para a ação ou para a prestação da informação devida aos consumidores, revelando-se inexigível a especificação daqueles elementos (considerando 37); (iii) a sujeição dos infratores a sanções eficazes, dissuasoras e proporcionadas em caso de incumprimento da decisão final proferida na ação coletiva (considerando 38); (iv) a vinculação dos Estados ao dever de resguardar as entidades qualificadas de limitações ao exercício da tutela coletiva em razão dos custos processuais (considerando 39); (v) o reconhecimento da legitimidade de uma entidade qualificada para agir noutro Estado-membro ou com o propósito de propor uma ação coletiva em nome de outras entidades qualificadas que representem consumidores de diferentes Estados-membros (considerando 41).

Feita uma breve descrição dos traços fundamentais da proposta, é devida uma reflexão sobre o regime nuclear das ações coletivas de reparação, o artigo 6.º da proposta. Observe-se, desde já, que nesta, como noutras circunstâncias, a tradução foge dos cânones tradicionais da terminologia utilizada no direito português. Vejamos, pois.

O preceito em apreço, com a epígrafe “meios de reparação”, distingue dois tipos de decisão: a decisão de reparação e a decisão declarativa. Consiste a decisão de reparação na condenação do lesante a prestar indemnização, arranjo, substituição, redução do preço, rescisão de contrato ou reembolso do preço pago, consoante seja adequado (artigo 6.º, n.º 1). Diversamente, a decisão declarativa tão-só apura a existência de responsabilidade do profissional relativamente aos consumidores prejudicados (artigo 6.º, n.º 2). Nesta hipótese é, pois, necessário que os lesados proponham ações individuais, ulteriores, destinadas ao ressarcimento dos danos sofridos.

Que critério permite, então, delimitar o âmbito de aplicação de cada uma das decisões referidas? Segundo a proposta, os Estados-membros podem atribuir competência a um tribunal ou a uma autoridade administrativa para proferir uma decisão declarativa em prejuízo de uma decisão de reparação se, ponderando as características dos danos concretos

causados aos consumidores, a quantificação da reparação individual se revele demasiado complexa (artigo 6.º, n.º 2).

A proposta estabelece, porém, a imperatividade da decisão de reparação e, assim, a ilegitimidade da decisão declarativa em dois cenários: (i) quando os consumidores lesados sejam identificáveis e hajam sofrido um dano comparável causado pela mesma infração num certo período de tempo ou em virtude de uma determinada prática negocial [a proposta refere-se à compra – artigo 6.º, n.º 3, alínea a)]; (ii) quando os consumidores tenham sofrido danos de pequeno montante e seja desproporcionado repartir a indemnização pelos mesmos [artigo 6.º, n.º 3, alínea b)].

As várias hipóteses consideradas merecem uma análise crítica, sob duas perspetivas essenciais: a legitimidade ativa dos consumidores e o alcance da indemnização.

Divergindo, em certa medida, da Recomendação de 2013, a proposta de 2018 deixa ao critério dos Estados-membros a adoção, ou não, do princípio da adesão (*opt-in*). Lê-se no artigo 6.º, n.º 1: «Os Estados-membros podem exigir que, antes de ser proferida uma decisão declarativa ou uma decisão de reparação, seja previamente obtido mandato dos consumidores individuais interessados.» Outro era o sentido da Recomendação: «A parte requerente deve ser constituída com base no consentimento expresso das pessoas singulares ou coletivas que aleguem ter sido lesadas [...]. Qualquer exceção a este princípio, legal ou judicial, deve ser devidamente fundamentada por razões de boa administração da justiça» (princípio 21).

No direito português, dispõe a Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, que têm legitimidade ativa em ação popular os titulares dos interesses em causa na ação que não tiverem excluído a representação do autor (artigos 14.º e 15.º – sistema de autoexclusão ou *opt-out*). Afasta-se, pois, a exigência de uma qualquer declaração de vontade do interessado para a sua intervenção na ação. A referida manifestação serve, antes, o propósito de excluir essa participação processual. Entretanto, rejeita-se qualquer argumentação fundada em eventual contrariedade ao acesso à justiça se às pessoas interessadas for prestada informação adequada e ao juiz atribuída a faculdade de limitar o caso julgado aos intervenientes na ação. É o que sucede entre nós (sobre os efeitos do caso julgado, veja-se o artigo 19.º, n.º 1, da Lei referida).

Em nosso entender, o regime português constitui a melhor solução. A especificidade dos fins que um sistema de ações coletivas prossegue requer a especialidade processual e a diferenciação dos meios clássicos que tão-só a legitimidade definida em *opt-out* permite. Como na história da Cinderela, o sapato de cristal só serve nos pés da futura princesa.

Lembramos o que há já longos anos vimos escrevendo: se as ações coletivas favorecem o acesso dos interessados aos tribunais e contribuem para uma composição mais eficiente e justa de certos litígios judiciais, as soluções encontradas na regulamentação desta forma processual devem ser conformadas pela essencialidade daqueles fins. Eis, então, as vantagens de um regime de *opt-out*, geralmente enunciadas: desde logo, previne-se que o desconhecimento do Direito e a desmotivação do recurso aos tribunais, sobretudo quando a lesão apresenta menor relevância económica, propiciem as condições para a reiteração de uma prática danosa; depois, incentiva-se a composição coletiva do litígio, reduzindo a eventualidade de uma multiplicação de ações individuais, risco que prejudica o demandado, à procura de um acordo global de interesses com os demandantes, e a eficiência do sistema judicial público.

Formatados por esta reflexão, merecem-nos aplauso as importantes exceções que a proposta estabeleceu à faculdade de os Estados optarem pelo acolhimento do princípio da adesão. Na verdade, as ações coletivas para a indemnização de danos causados pelo mesmo facto (acidentes de massa) ou provenientes de vários eventos danosos, se os consumidores, afetados pela prática de infrações idênticas, sofrerem escassos prejuízos são submetidas ao regime de *opt-out* (artigo 6.º, n.º 3).

Ou seja, a derrogação da possibilidade de uma decisão declarativa é acompanhada pela adoção do princípio da autoexclusão. Em consequência, o espaço da legitimidade para a exigência estadual de mandato prévio dos consumidores individuais é limitado às decisões declarativas e às decisões de reparação em que, existindo diversos factos danosos de natureza homogênea, os danos escapam à qualificação de prejuízos marginais.

Duas notas a este respeito: (i) uma primeira nota para dizer que a reserva de *opt-in* nas decisões declarativas mereceu a censura do Comité das Regiões. E, na verdade, dificilmente se entende essa opção, se a averiguação das consequências da infração na esfera jurídica dos lesados é deixada para as ações individuais; (ii) a bondade desta reflexão

parece-nos, aliás, reforçada pelo objeto da segunda nota: a solução é incongruente com a imperatividade do *opt-out* quando os danos dos consumidores são menores e, revelando-se desproporcionada a repartição da indemnização pelos mesmos, a reparação é encaminhada para fins de interesse público que sirvam os interesses coletivos dos consumidores [artigo 6.º, n.º 3, alínea b)]. Neste caso, e desculpem-me a provocação, propõe o legislador a denegação de justiça ao serviço de um confisco de bens aos consumidores? Se outra for a resposta, considerando a compatibilidade de um sistema de *opt-out* com o direito de acesso à justiça, que razões há para excluir a legitimidade do sistema de autoexclusão em decisões declarativas?

Em qualquer dos casos, o artigo 6.º estabelece que «a entidade qualificada deve fornecer informações suficientes nos termos da legislação nacional para sustentar a ação, incluindo uma descrição dos consumidores interessados na mesma e as questões de facto e de direito a resolver» (n.º 1).

A solução que direciona a reparação para fins coletivos proporciona-nos a entrada na apreciação final que o tempo nos permite, uma avaliação sobre o alcance da indemnização. Na exposição de motivos da proposta, lê-se que nas ações coletivas relativas a pequenos montantes, a atribuição de um fim público destinado a servir os interesses coletivos dos consumidores constitui, ainda, uma forma de indemnizar os danos causados (pág. 4). É, no entanto, evidente que são coisas diversas. Ou o dano é irrelevante ou não é. Nesta última hipótese, o prejuízo é indissociável da esfera jurídica dos lesados. De outra forma, diluímos as fronteiras entre os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos.

Assinale-se que, em contraste com o direito europeu, no regime português das ações coletivas, a possibilidade de alocar verbas indemnizatórias pela violação de bens jurídicos individuais à satisfação de fins comunitários circunscreve-se aos direitos que prescreveram (artigo 22.º, n.º 5, da Lei n.º 83/95).

Nas recentes considerações do Parlamento Europeu em sede de revisão da Diretiva sobre as práticas comerciais desleais evidencia-se o défice de satisfação do consumidor. A valorização do indivíduo, que assim é declarada, revela-se incompatível com a admissão acrítica de um conceito de indemnização que o próprio legislador europeu reformou. Veja-se como a restituição do lucro é, hoje, critério de fixação da

indenização na violação de direitos de propriedade intelectual ou de segredos comerciais. É com esse enquadramento que a decisão de reparação prevista no artigo 6.º, n.º 3, alínea *b*), da proposta deve ser analisada.

A respeito do direito português, argumenta MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA: «[...] o regime da ação popular, quando define uma indemnização global que se destina a ser repartida pelos lesados, [...] preocupa(-se) mais em evitar que o lesante possa extrair alguma vantagem do facto danoso do que em assegurar que cada um desses lesados seja realmente indemnizado pela exata medida do prejuízo sofrido. A indemnização global procura distribuir pelos lesados os ganhos do lesante, ainda que disso possa resultar alguma violação da justiça corretiva, pois que essa distribuição não pode assegurar que todo o dano sofrido seja efetivamente ressarcido pelo seu exato montante. Para a quantificação da indemnização global utiliza-se mais o ganho (global) obtido pelo lesante do que o prejuízo (igualmente global) por ele infligido, o que significa que na sua quantificação não se segue o critério da reconstituição da situação hipotética que se encontra estabelecido no art. 562.º CC»¹.

Sabendo que a tutela coletiva dos direitos desempenha um papel importante na prevenção das práticas desconformes ao direito e, ainda, que as lesões dos direitos dos consumidores descobrem na intenção lucrativa do agente um fundamento relevante, o resgate do lucro em benefício dos consumidores satisfaria, simultaneamente, a tutela pública relativa à aplicação do direito e a satisfação dos consumidores.

Neste momento, abstermo-nos de falar da substituição de sanções contraordenacionais pela competência das penas privadas. A solução parece-nos evidente em geral e, claro, nas ações coletivas. Resguardamos, porém, os ouvintes dos argumentos que, com paciência, tantos nos ouviram já apresentar.

Muito obrigado a todos.

¹ *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lisboa, 2003, pp. 169 e s.