

JURISMAT

Revista Jurídica

Número 20/21

2024 - 2025

JURISMAT

Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes

N.º 20-21 – PORTIMÃO – NOVEMBRO 2024 / MAIO 2025

Ficha Técnica

Título:	JURISMAT – Revista Jurídica Law Review – N.º 20-21
Director:	Alberto de Sá e Mello
Edição:	Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / Univ. Lusófona) Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A 8500-656 Portimão PORTUGAL
Edição on-line:	https://recil.grupolusofona.pt/
Catálogo:	Directório Latindex – folio 24241
Correspondência:	info@ismat.pt
Capa:	Eduarda de Sousa
Data:	Novembro 2024 / Maio 2025
Impressão:	ACD Print
Tiragem:	100 exemplares
ISSN:	2182-6900

JURISMAT – REVISTA JURÍDICA DO ISMAT

COMISSÃO CIENTÍFICA

Carlos Rogel Vide

Universidad Complutense de Madrid

Jorge Miranda

Universidade de Lisboa, Universidade Católica Portuguesa & ULHT

José de Faria-Costa

Universidade Lusófona & ISMAT

José Lebre de Freitas

Universidade Nova de Lisboa

Luiz Cabral de Moncada

Universidade Lusófona & ISMAT

Manuel Couceiro Nogueira Serens

Universidade de Coimbra & ULHT

Maria Serrano Fernández

Universidad Pablo Olavide – Sevilla

Maria dos Prazeres Beleza

Supremo Tribunal de Justiça

Mário Ferreira Monte

Universidade do Minho

Milagros Parga

Universidad de Santiago de Compostela

Paulo Ferreira da Cunha

Universidade do Porto

Silvia Larizza

Università degli Studi di Pavia

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	7
ARTIGOS	11
ANTÓNIO BRÁZ TEIXEIRA	
A Filosofia Política de Augusto Saraiva	13
PAULO FERREIRA DA CUNHA	
Direito, Justiça e Pena, entre o Mito e a Razão: Convite à Reflexão Crítica	21
MIGUEL SANTOS NEVES	
Gaza, o conflito Israel-Palestina e <i>lawfare</i> : limitações na capacidade do direito internacional regular os conflitos armados	49
MARIA DOS PRAZERES BELEZA	
Especialidades mais relevantes das acções de responsabilidade civil por violação do direito da concorrência (<i>private enforcement</i>)	103
ANA ISABEL SOUSA MAGALHÃES GUERRA	
A Influência da Inteligência Artificial na Vida Familiar	129
HATIM ANOUAR	
Délai d'appel élargi du procureur général au Maroc a l'épreuve de l'égalité des armes	139
ROBA IHSANE	
La justice prédictive	153
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL	
Breve análise, reflexiva, sobre a necessidade de reformulação do Código Comercial..	173
HANANE OUBELKACEM, FATIMA ZAHRA OUASSOU & BOUCHRA JDAIN	
La responsabilité médicale : une étude rétrospective dans la région de Souss Massa (sud du Maroc)	189
MIGUEL ÁNGEL ENCABO VERA	
Estructura de la relación obligatoria: sujetos y objeto de la obligación en el derecho comparado español y portugués.....	217

ARTIGOS DE ESTUDANTES E DIPLOMADOS DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT 241

BIANCA ANDREIA DOS SANTOS VIANA

- A responsabilidade penal no exercício de maus-tratos a animais de companhia:
breves notas sobre a constitucionalidade do tipo legal 243

MANUEL CATARINO

- Breve reflexão nos 50 anos do lock-out em Vieira de Leiria e da revolução de Abril . 255

MARIANA CARRAÇA

- A influência das criptomoedas no sistema jurídico português: um panorama atual 273

Especialidades mais relevantes das acções de responsabilidade civil por violação do direito da concorrência (*private enforcement*)

MARIA DOS PRAZERES BELEZA *

Resumo: Procurou-se tratar, de forma necessariamente condensada e fazendo a comparação com o regime geral aplicável às acções de responsabilidade civil, dos pontos que parecem mais relevantes em que é específica a disciplina substantiva e processual que vale para os pedidos de indemnização por violação das regras europeias e nacionais da concorrência.

1. Enquadramento

A questão que está em causa quando se fala do *private enforcement* das regras de direito europeu sobre concorrência e proibição de práticas anticoncorrenciais [em especial dos artigos 101º (práticas restritivas da concorrência) e 102º (abuso de posição dominante) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE] reconduz-se, em traços gerais, à actuação do *efeito directo dessas regras* entre os particulares e à sua aplicação pelos tribunais nacionais

JURISMAT, Portimão, n.ºs 20-21, 2024-2025, pp. 103-127.

* Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça.

em acções civis nas quais são formulados pedidos destinados a obter uma indemnização por prejuízos causados por práticas anticoncorrenciais proibidas, a declarar a nulidade de actos ou acordos celebrados em violação dessas mesmas regras, cumulativamente ou não com a formulação de um pedido de indemnização, ou, eventualmente a alcançar outros efeitos, como sejam a condenação na abstenção ou na cessação de determinadas práticas.

Suponho aliás que, devidamente entendido, o mesmo se poderá dizer em relação à violação das regras de direito interno (cfr. artigos 9º a 12º da Lei nº 19/2012, de 8 de Maio), quer quanto às acções nas quais se apresentam pedidos de indemnização, quer quanto às acções que têm em vista a declaração de nulidade de acordos, ou nas quais a nulidade é suscitada como defesa (mesma Lei nº 19/2012, artigo 9º, nº 2 e, de qualquer forma, artigo 280º do Código Civil).

Recordo, a propósito, que a Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, que veio transpor para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 2014/104/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as acções de indemnização no âmbito do direito nacional por infracção às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, optou por incluir também as acções fundadas em infracção das regras nacionais de concorrência – assim abrangendo o abuso de dependência económica (artigo 12.º da Lei n.º 1912); e saliento a consagração expressa no artigo 23.º da Lei n.º 23/2018 dos princípios da efectividade (n.º 1)¹ e da equivalência (n.º 2).²

Cumprе não esquecer que, nas acções agora em causa, é fundamentalmente o interesse privado das partes que está em jogo; todavia, este interesse das partes tem de ser conjugado com a consideração de que a intervenção dos tribunais neste domínio é ainda parte integrante do sistema global de protecção da concorrência. Na sua interpretação e aplicação é necessário, assim, encontrar

¹ “A aplicação das regras substantivas e processuais relativas a acções de indemnização por danos resultantes de infracções ao direito da concorrência não podem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à indemnização”. Note-se que a Directiva 2014/104/EU refere este princípio, quer à aplicação do Direito, como aqui sucede, quer à sua definição pelo legislador (cfr. considerando 11) – o que não faria sentido referir na lei de transposição, naturalmente.

² “A aplicação das regras substantivas e processuais relativas a acções de indemnização por infração ao disposto nos artigos 101.º e 102.º do TFUE não pode ser menos favorável para os alegados lesados do que as regras relativas a acções de indemnização análogas relativas a violações do direito nacional”. Cfr. igualmente o considerando 11 da Directiva 2014/104/EU.

um equilíbrio que respeite ambas as perspectivas, mas que seja adequado a garantir a *efectividade da plena indemnização dos lesados*.

Em particular, não creio que tenha fundamento excluir a admissibilidade de pedidos de indemnização por violação das regras de concorrência, por exemplo, com o argumento de que se trata de regras que não se destinam a proteger interesses particulares, mas sim o interesse público da concorrência (cfr. artigo 483.º do Código Civil); devo dizer que, mesmo do ponto de vista do direito anterior à entrada em vigor da Lei n.º 23/2018, se poderia ter como admissíveis acções de indemnização por violação de direito interno da concorrência.^{3/4} A referida Directiva e a Lei⁵ que a transpõe prevêm-nas expressamente. Como decorre dos *considerandos* da Directiva e, nomeadamente, dos Livros Verde (de 2005) e Branco (de 2008) que a antecederam, o objectivo primeiro da Directiva – assegurar o exercício efectivo do direito das vítimas à reparação pelos danos decorrentes de uma violação das regras da concorrência, eliminando ou, pelo menos, reduzindo a diversidade de regras dos direitos nacionais, em ordem à garantia de equivalência de protecção nos diversos Estados Membros e, por essa via, do bom funcionamento do mercado interno – foi regulado sempre com a preocupação de harmonização com a aplicação pública das regras da concorrência.⁶

Recordo, ainda, que os tribunais nacionais, nos termos previstos no Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecida nos artigos 81.º e 82.º do Tratado – 101.º e 102.º actuais – aplicam em paralelo o direito nacional da concorrência e o direito da União, pelo que, não obstante ter em vista as infracções às regras europeias, a Directiva se considera também aplicável “às acções de indemnização com base na infracção ao direito nacional da

³ Cfr. os artigos 4.º a 7.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

⁴ Cfr., nomeadamente, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/6/2013, www.dgsi.pt, proc. n.º 178/07.2TVPRT.P1.S1.

⁵ Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Da responsabilidade civil por violação de normas da concorrência ao novo regime do private enforcement da concorrência, disrupção ou continuidade em relação ao modelo delitual português*, Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, 2019, disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/51> que, na pág. 17, conclui que o artigo 3.º da Lei n.º 28/2018 esclarece que as normas concorrenciais “podem, de facto, ser qualificadas como disposições legais de protecção de interesses alheios”.

⁶ Entre nós, pode encontrar-se a mesma preocupação de harmonização entre o *sancionamento* público e privado das infracções ao direito da concorrência, que explicam várias das soluções adoptadas na Lei n.º 23/2018, na Exposição de Motivos da proposta elaborada pelo grupo de trabalho que a preparou, sob a coordenação da Autoridade da Concorrência, cfr. <https://www.concorrenca.pt>; no mesmo endereço pode ainda ver-se o processo de consulta pública a que a Autoridade da Concorrência recorreu, a par de diversas sessões públicas de análise e discussão.

concorrência, quando este for aplicado nos termos do artigo 3º, nª 1, do Regulamento (CE) nº 1/2003”, ou seja, quando estiverem em causa decisões ou práticas susceptíveis de afectar o comércio entre Estados Membros – considerando nº 10 e artigo 2º, nº 3.⁷ Também por este motivo se compreende a inclusão das infracções ao direito nacional da concorrência na lei de transposição, tendo em conta as vantagens de uma aplicação coerente das regras internas de defesa da concorrência.

2. Papel dos tribunais nacionais

Como se recordou, cabe aos tribunais nacionais a aplicação das regras europeias e internas de defesa da concorrência, julgando as acções segundo as normas substantivas e processuais nacionais – das quais se salientam as que constam da Lei n.º 23/2018, que trazem consigo várias particularidades, por confronto com as demais acções de responsabilidade civil; é sobre algumas dessas particularidades que incide este pequeno estudo.

No que ao regime processual respeita, há que ter especial atenção às exigências decorrentes do já referido Regulamento nº 1/2003 do Conselho, completado com a Comunicação da Comissão sobre a Cooperação da Comissão e os Tribunais dos Estados Membros.⁸

Recordando brevemente o que levou à aprovação do Regulamento 1/2003, lembra-se que teve fundamentalmente em vista facilitar a aplicação uniforme do direito da União pelos tribunais nacionais, bem como a compatibilização entre as suas decisões e as decisões eventualmente proferidas pela Comissão no exercício das competências que lhe são próprias (e ainda, agora noutro plano, com as decisões proferidas pelas autoridades nacionais da concorrência).

Com esses objectivos, o Regulamento 1/2003 aumentou relevantemente o papel dos tribunais nacionais na aplicação das regras de concorrência, descentralizando-a, – passando os tribunais nacionais a aplicar directamente, não só os nºs 1 e 2 do artigo 81º (101º) do Tratado, mas também o nº 3 (inaplicabilidade das proibições constantes do nº 1, em função do *balanço económico*, transformadas em excepções legais as hipóteses ali previstas); e definiu um sistema de cooperação com os tribunais nacionais (artigo 15º), explicitado pela referida Comunicação, cujos pontos principais são:

⁷ Cfr. considerando nº 10 e artigo 2º, nº 3.

⁸ Comunicação da Comissão sobre a Cooperação entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (2004/C 101/04)

(nº 1) – reconhece aos tribunais o direito de solicitar à Comissão informações que se encontrem na sua posse e pareceres “*sobre questões relativas à aplicação das regras comunitárias de concorrência*”,

(nº 2) – determina que os Estados Membros transmitam à Comissão “*todas as sentenças escritas pronunciadas por tribunais nacionais em matéria de aplicação dos artigos 81º ou 82º do Tratado*”, sem demora,

(nº 3) – prevê que as autoridades nacionais de concorrência e a Comissão possam, “*por sua iniciativa*”, apresentar observações aos tribunais “*sobre questões relacionadas com a aplicação dos artigos 81º e 82º*”, podendo para o efeito solicitar ao tribunal documentação necessária.

Quanto à Comissão, essa iniciativa está dependente de ser exigida para assegurar a aplicação coerente dos artigos 101º e 102º do TFUE, o que significa que essas observações hão-de traduzir-se numa análise económica e jurídica dos factos subjacentes ao processo concreto (respeitando o princípio da neutralidade); as observações não são vinculativas.

Estes mecanismos de cooperação tornaram conveniente a introdução de algumas regras destinadas a facilitar a sua execução, em especial quanto à intervenção em tribunal por iniciativa da Comissão ou da Autoridade da Concorrência.

Assim, nomeadamente, previu-se na Lei n.º 23/2018, mediante alterações introduzidas na Lei n.º 19/2012,⁹ que cabe à Autoridade da Concorrência (a quem os tribunais competentes que julguem “*uma acção na qual seja invocada uma infracção aos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, e ou os artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*” devem comunicar “*esse facto*”, enviando cópia da petição inicial, da contestação ou do pedido reconvençional, ou de sentença, acórdão ou decisão proferidos no âmbito desses processos) “*assegurar o cumprimento da obrigação prevista no n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003*”. Note-se que a comunicação das sentenças, acórdãos ou decisões que só possam ser alteradas em recurso, permitindo apenas a intervenção nessa fase processual, diminui provavelmente a sua utilidade – mas pode conduzir a que os tribunais de recurso se vejam confrontados com a eventualidade de apreciação de “questões novas”, de conhecimento officioso ou não.¹⁰

⁹ Aditamento do artigo 94.º-A.

¹⁰ Embora cumpra o objectivo tido em vista, como resulta da Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais.

3. Acções nas quais se formulam pedidos de indemnização por danos decorrentes de violação das regras de concorrência¹¹

3.a) Da consulta dos Livros Verde e Branco que antecederam a Directiva 2014/104/EU, bem como dos respectivos considerandos e, entre nós, da Exposição de Motivos referida na nota (5), resulta a identificação de diversos *obstáculos* à integral reparação dos danos causados por infracção das regras da concorrência, *maxime* das que os artigos 101.º e 102.º do TFUE definem, que foram sendo apontados às legislações nacionais – nomeadamente, à lei portuguesa. Suponho que se poderá afirmar que esses obstáculos se relacionam com alguma inadequação das regras gerais da responsabilidade civil e do processo civil às especificidades das acções que visam essa reparação. Trata-se de acções nas quais se pretende investigar infracções factualmente complexas, que frequentemente envolvem cadeias de actos e de intervenientes, directos e indirectos, com grandes dificuldades de prova, de acesso aos meios probatórios, de estabelecimento de nexos de causalidade e de quantificação de danos; de acções que podem seguir-se – ou não – a processos sancionatórios públicos, nos quais poderá ter sido verificada uma infracção, que, por sua vez, é susceptível de fundamentar um pedido de indemnização cível formulado na acção subsequente, ou desenrolar-se – ou não – entre pessoas ou entidades contratualmente ligadas, coexistindo eventualmente com o problema da nulidade desses contratos, por violação das regras de concorrência.¹²

¹¹ Esta formulação destina-se a deixar claro que se pretende abranger as acções nas quais se julgam pedidos formulados pelo autor e por meio de reconvenção.

¹² Cfr. Ac do TJUE de 20/9/2001, proc. C-453/99: “1) Uma parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência, na acepção do artigo 85.º do Tratado CE (actual artigo 81.º CE), pode invocar a violação desta disposição para obter protecção jurisdicional («relief») contra a outra parte contratante. 2) O artigo 85.º do Tratado opõe-se a uma norma de direito nacional que proíba uma parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência, na acepção da referida disposição, reclamar uma indemnização em reparação de um prejuízo decorrente da execução do referido contrato pelo simples motivo de o autor do pedido ser parte no mesmo contrato. 3) O direito comunitário não se opõe a uma norma de direito nacional que não permita a uma parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência basear-se nas suas próprias acções ilícitas para obter uma indemnização por perdas e danos, quando se prove que essa parte tem uma responsabilidade significativa na distorção da concorrência. Cfr. Ainda o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8/3/2022, www.dgsi.pt, proc. N.º 6/19.6YQSTR-C.S1: (...) II. A Directiva 2014/104/EU, de 26-11, no seu considerando 13, deixa expresso que “o direito à reparação é reconhecido a qualquer pessoa singular ou coletiva — consumidores, empresas e autoridades públicas, sem distinção –, independentemente de existir uma relação contratual direta com a empresa infratora e de ser previamente declarada a infração por uma autoridade da concorrência”, tendo tal disposição ficado a constar do art. 3.º da Lei n.º 23/2018, de 05-06 (diploma que procedeu à transposição da diretiva mencionada) no seguintes termos “a empresa ou associação de empresas que cometer uma infração ao

Com o objectivo de ultrapassar esses obstáculos, a Lei n.º 23/2018 veio definir regras, substantivas e processuais, que se afastam em pontos muito relevantes do regime geral definido pelo Código Civil para a responsabilidade civil e pelo Código de Processo Civil para a tramitação das correspondentes acções.

Vou referir algumas dessas *especialidades*, por me parecerem mais significativa ou por me terem exigido maior reflexão.

Antes de o fazer, todavia, cabe frisar que me limitei ao regime das acções cíveis e que tenho em vista acções de indemnização ligadas ou não à invocação de nulidade de acordos, subsequentes ou não à verificação da infracção das regras da concorrência pela Comissão ou pela Autoridade da Concorrência, instauradas por terceiros ou por contrapartes.

3.b) Saliento assim as seguintes especialidades:

- a definição do regime (geral) de responsabilidade aplicável;
- a repartição do ónus da prova dos pressupostos da responsabilidade civil (da prática do acto em que se consubstancia a alegada infracção, da sua ilicitude, do nexo de causalidade, da culpa e dos danos), devido à possibilidade de existir um manifesto desequilíbrio entre as partes, quanto à dificuldade de fazer prova;
- o acesso à prova, frequentemente em poder do possível infractor ou de terceiro;
- o efeito da verificação anterior da infracção (seja pela Comissão, seja pelas Autoridades Nacionais da Concorrência), por decisão impugnada judicialmente ou não;
- o nexo de causalidade e a culpa;
- o cálculo da indemnização;
- o regime da prescrição;
- a legitimidade para propor a acção (referência à legitimidade dos lesados indirectos e às acções colectivas) e para ser demandado;
- o tribunal competente.

4. Dos diversos pontos *sensíveis*, a Directiva optou por tratar parte dos que acabaram de ser referidos e por deixar de fora matérias como a noção de nexo de causalidade entre a infracção e o dano e de culpa, bem como os mecanismos de tutela colectiva.¹³

direito da concorrência fica obrigada a indemnizar integralmente os lesados pelos danos resultantes de tal infração, nos termos previstos no artigo 483.º do Código Civil. (...)”

¹³ Cfr. a Recomendação da Comissão sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela colectiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União (que não abrange

A Directiva recorda, todavia, – nunca é demais insistir – que as exigências que as leis nacionais entenderem fazer quanto a esses pontos (por ex: quanto à necessidade ou à dispensa de culpa) devem respeitar os já referidos princípios da efectividade e da equivalência, para além da jurisprudência da União e dos princípios da própria directiva, naturalmente; e que, “*na falta de norma de direito da União*”, as acções continuam a reger-se pelos direitos nacionais dos Estados Membros.

5. Regime de responsabilidade aplicável

Em primeiro lugar, não creio que seja indiferente, do ponto de vista do regime aplicável, tratar-se de uma acção de indemnização proposta por terceiros lesados ou pela contraparte de um contrato violador das regras da concorrência e, portanto, nulo.

É certo que a simples circunstância de o lesado ser parte no contrato não pode justificar a recusa de indemnização; não se aceita o entendimento de que as consequências de um acto nulo se esgotam na destruição retroactiva dos seus efeitos, com a restituição de tudo o que foi prestado na sua execução (ou do valor correspondente, se a restituição em espécie não for possível) – artigo 289º do Código Civil.

Suponho que esta perspectiva não será, nem correcta, nem conforme com a jurisprudência do TJUE, e que a invalidação do acto não afasta o direito a uma indemnização; não vem agora ao caso tratar da questão de saber *que* danos serão indemnizáveis, uma vez que, quanto a este aspecto, nenhuma particularidade merece relevo.

Relevo merece, seguramente, a opção pelo regime de responsabilidade extracontratual, no que ao pedido de indemnização se refere (n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 23/2018, que remete para os “*termos previstos no artigo 483.º do Código Civil*”), sinal de que o legislador entendeu que deve ser sempre o mesmo o regime aplicável aos pedidos de indemnização, relacionados ou não com a intervenção num contrato nulo por violação das regras da concorrência.

apenas as questões relativas a infracções das regras da concorrência) de 11 de Junho de 2013.

Seja como for, poder-se-á colocar a questão de saber se deverá ser a mesma a medida da indemnização a que o contraente lesado tem direito, por confronto com as acções propostas por terceiros.

E suponho que não bastará ao contraente invocar (e provar) a nulidade do acto e a existência de prejuízos dele decorrentes, cabendo-lhe ainda demonstrar, por exemplo, que se encontrava em situação de inferioridade perante a contraparte, em erro, ou em situação semelhante, de forma a que não lhe deva ser imputável a infracção das regras da concorrência.

6. Prova

São geralmente apontadas dificuldades especiais (ou, pelo menos, significativas) no âmbito da prova, de difícil superação à luz do regime geral.

Chamo a atenção para os seguintes pontos:

6.1. Ónus da prova

No que toca à *verificação* e à *quantificação* dos danos, o artigo 17º da Directiva dispõe que se *presume* “*que as infracções de cartéis causam danos*” e que “*o infractor tem o direito de ilidir essa presunção*” (n.º 2) e, no que toca à *quantificação dos danos*, que as regras relativas à *repartição do ónus da prova* e à definição do *grau de convicção* do juiz necessário para concluir que foi feita prova suficiente não podem tornar “*o exercício do direito à indemnização praticamente impossível ou excessivamente difícil*” (n.º 1).

Como em qualquer acção de responsabilidade civil, a que seja aplicável o regime geral da responsabilidade extra-contratual, quem formula um pedido de indemnização tem o ónus da prova da verificação dos seus diferentes pressupostos.

O Regulamento n.º 1/2003 esclarece que incumbe à parte que invoca em tribunal a infracção do n.º 1 do artigo 101º ou do artigo 102º do TFUE o ónus de a provar, cabendo à contraparte o ónus da prova da verificação das excepções previstas no n.º 3 do artigo 101º. A mesma repartição do risco da falta de prova resulta, na verdade, do regime constante dos n.ºs 1 e 2 do artigo 342º do Código Civil, preceitos aliás aplicáveis aos demais pressupostos da responsabilidade.

Ora é bom de ver que pode ser extremamente difícil fazer prova, quer do acto em si, quer da sua ilicitude, quer do nexo de causalidade, quer da quantificação dos danos, e em particular, nas acções propostas por terceiros nos casos em que,

nem a Comissão, nem a Autoridade da Concorrência, apuraram previamente a existência da infracção.

Em rigor, porém, as dificuldades de prova podem colocar-se mesmo para os intervenientes em acordos nulos, por exemplo por se tratar de hipóteses em que se aleguem infracções das regras da concorrência resultantes do encadeamento ou da multiplicação de contratos (e não propriamente daquele contrato celebrado pelo lesado).

Recorda-se que a lei portuguesa contém algumas regras que podem atenuar essas dificuldades:

- a concessão ao tribunal de poderes instrutórios, como sejam os de pedir esclarecimentos às partes, de solicitar elementos probatórios, nomeadamente documentos, em poder de terceiros ou da parte não onerada, de exigir a colaboração igualmente de terceiros e das partes da acção, de determinar oficiosamente a produção de prova, por exemplo, por depoimento de parte, por declarações de parte ou por peritos ... (cfr. artigos 6.º e 417.º, 8.º, 411.º, 413.º, 429.º e 430.º, 452.º, 466.º do Código de Processo Civil). Estes poderes, todavia, são exercidos no âmbito de um processo que mantém características próprias de um modelo dispositivo em diversos aspectos;
- a consagração de uma concepção objectiva do ónus da prova (artigo 413.º Código de Processo Civil – princípio da aquisição processual): para dar como provado determinado facto, o tribunal não tem em conta se a prova feita provém da parte onerada ou não, relevando apenas que o facto se encontre provado;
- a inversão do ónus da prova quando a parte contrária tenha culposamente tornado impossível a prova à parte onerada (artigo 344.º, n.º 2, do Código Civil);
- a possibilidade de produção antecipada de prova (artigo 419.º do Código de Processo Civil), embora com o âmbito limitado aos meios de prova ali previstos, todos constituídos, naturalmente (depoimentos, prova pericial, inspecção judicial).

6.2 (sequência)

A lei portuguesa não contém nenhuma regra que permita ao tribunal flexibilizar a repartição do ónus da prova (por exemplo, através de um princípio de *distribuição dinâmica do ónus da prova*, nomeadamente em função da posição de inferioridade de uma das partes ou da *extrema dificuldade* da prova para a parte onerada). Razões de certeza e segurança têm sido apontadas para justificar esta solução, já que da repartição do ónus da prova pode resultar directamente o desfecho da acção: estão em causa regras de decisão, das quais depende a aplicação (ou não aplicação) das normas de direito substantivo relevantes.

Em geral, a *impossibilidade* ou *excessiva dificuldade* da prova apenas são consideradas no âmbito das *convenções sobre o ónus da prova* (345º, nº 1, Código Civil) ou no caso de a impossibilidade da prova resultar de culpa da contraparte, caso em que se verifica a *inversão* do ónus da prova, como acabou de se recordar (n.º 2 do artigo 344º do Código Civil).¹⁴

A dificuldade de conseguir fazer prova só pode ser *compensada* com um menor grau de exigência na *formação da convicção do julgador*; solução, aliás, que se harmoniza com os princípios da Directiva, formulados em função do objectivo de possibilitar a reparação integral do dano (sobretudo, com o princípio da *efectividade*).

6.3. (sequência)

A Lei n.º 23/2018 procurou definir regras própria para as acções a que se aplica, de forma a atender às especiais dificuldades neste domínio da prova, bem como à circunstância de poderem estar em causa meios de prova *sensíveis*. Assim, e nomeadamente:

– Previu presunções, invertendo o ónus da prova (n.º 1 do artigo 344º do Código Civil): sobre a existência de *influência determinante* (cfr. n.ºs 2 e 3 do artigo 3.º); sobre a repercussão dos custos adicionais num cliente indirecto, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 8.º; sobre as consequências de a parte não onerada tornar culposamente impossível a prova à parte onerada, através de remissão para o n.º 2 do artigo 344º do Código Civil, no n.º 4 do artigo 18.º.

Neste contexto, merece especial referência a norma do n.º 1 do artigo 9.º, segundo o qual “*Os cartéis são responsáveis pelos danos causados pelas infracções que pratiquem, salvo prova em contrário*”, e que tem sido entendida, por vezes, como contendo uma presunção, pelo menos, de causalidade¹⁵. A parte final, com efeito, inculca a ideia de que se tratará de uma presunção, cujo âmbito de aplicação carece de ser delimitado com cuidado¹⁶ e à luz da Directiva que a lei veio transpor.

Ora a Directiva, que no n.º 2 artigo 17.º consagra a presunção de que os cartéis causam danos e prevê o direito de a ilidir¹⁷, esclarece expressamente no considerando 11 que não regula o nexo de causalidade, deixando tal tarefa para

¹⁴ Esta afirmação quer tão somente dizer que não influenciam a repartição do ónus da prova; no processo de formação da sua convicção, o julgador haverá de ser menos exigente se estiverem em causa factos de prova particularmente difícil.

¹⁵ Assim, Mafalda Miranda Barbosa, *op.cit.*, pág. 24.

¹⁶ Cfr. A exposição de motivos referida na nota 4, ponto 44.

¹⁷ “*Presume-se que as infracções de cartel causam danos. O infrator tem o direito de ilidir essa presunção.*”

as legislações nacionais,¹⁸ o que (pelo menos) indicia que o artigo 17.º não inclui uma presunção de nexo causal;

– Previu *limitações* à possibilidade de o tribunal ordenar à parte contrária ou a terceiro,¹⁹ “*incluindo entidades públicas*” e “*a pedido de qualquer parte na*

¹⁸ A lei portuguesa consagra no artigo 562.º do Código Civil a teoria da causalidade adequada, segundo habitualmente se diz, na sua formulação negativa – cfr., por todos, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/1/2011, www.dgsi.pt, proc. n.º 2226/07.TJVN.F.P1.S1. Respeitando o princípio da efectividade na sua aplicação, nomeadamente não sendo desproporcionadamente exigente na respectiva prova, não contraria a directiva uma interpretação do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 23/2018 que não veja ali consagrada uma presunção de causalidade. Recorde-se que este n.º 1, tal como o n.º 2 do artigo 17.º da Directiva, se encontra num artigo relativo à quantificação dos danos e que, no considerando 47 da Directiva, se diz textualmente que “*Para corrigir a assimetria de informação e algumas das dificuldades associadas à quantificação dos danos em processos no domínio do direito da concorrência da União e para assegurar a efectividade dos pedidos de indemnização, convém presumir que, as infrações cometidas por cartéis dão origem a danos, em especial através de um efeito sobre os preços. Em função das circunstâncias específicas de cada caso, os cartéis dão origem ao aumento de preços ou impedem a descida de preços que, de outro modo, ocorreriam na sua ausência. Essa presunção não deverá abranger o montante concreto dos danos. Os infratores deverão poder ilidir tal presunção. Convém limitar esta presunção ilidível a cartéis, tendo em conta a sua natureza secreta, que acentua a referida assimetria de informação e agrava a dificuldade, para os demandantes, de obterem os elementos de prova necessários para provar os danos.*”

Perguntar-se-á que alcance terá então o n.º 1 do artigo 9.º e a que se referirá a admissibilidade expressa de *prova em contrário*. Suponho que se poderá entender, lendo o artigo 9.º na sua totalidade, que se tratará de uma regra com a mesma função desempenhada, em geral, pelo n.º 3 do artigo 566.º do Código Civil, e que será a de ultrapassar a dificuldade de prova precisa do montante dos danos cuja verificação está assente (ou é altamente provável, como sucede com os *danos futuros*). O critério de decisão não é o mesmo; mas a função será.

¹⁹ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23/10/2023, www.dgsi.pt, proc. 6/21.6YQSTR.L1.PICRS:

“*I.– Os art.s 573.º, 574.º e 575.º do Código Civil, conjugados, associam a emergência da obrigação de informação e de apresentação de coisas ou documentos à necessidade de apurar a existência ou o conteúdo do direito, sob condição de o demandado não ter motivos para «fundadamente se opor à diligência»;*

II.– A Directiva 2014/104/UE, transposta internamente pela Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, veio estabelecer como requisitos da colheita impositiva de prova a justificação fundamentada da plausibilidade da formulação de pedido ulterior de indemnização, a caracterização precisa e estrita do material probatório a apresentar e a proporcionalidade;

III.– Quando se afirma a dispensa de investigação dos efeitos sobre a concorrência de um acto anti-concorrencial por objecto, está-se a pensar na execução pública das regras de protecção da concorrência («public enforcement») – por exemplo, numa prática objectivamente inserível no n.º 1 do art. 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) – e não no ulterior exercício privado de direitos («private enforcement»);

IV.– É por se saber à partida da susceptibilidade de produção de efeitos que se prescinde da prova destes mas para fins sancionatórios;

acção de indemnização”, a apresentação de meios de prova em seu poder, relevantes para a decisão da causa, sujeitando o deferimento deste pedido à indicação dos factos que o requerente assim pretende provar, à fundamentação “*com factos e meios de prova razoavelmente disponíveis e suficientes para corroborar a plausibilidade do pedido de indemnização ou da defesa*”, à indicação “*tão precisa e estrita quanto possível*” dos meios de prova ou das categorias de meios de prova que pretende que sejam apresentados, e ao respeito da proporcionalidade²⁰ (o que implica, nomeadamente, a consideração da *confidencialidade* dos dados que eventualmente estejam em causa, e, se for o caso, a adopção de medidas para a proteger – al c) do n.º 5 e n.º 7 do artigo 12.º).

Recorde-se que estes requerimentos só fazem sentido quando couber ao requerente o ónus da prova dos factos a provar e que, portanto, caso se dirijam à apresentação de provas pela parte contrária, esta terá de *contribuir* para a demonstração de factos que a prejudicam. Trata-se de um regime mais exigente do que o regime geral do dever de cooperação na descoberta da verdade (artigo 417.º do Código de Processo Civil), quer para o obrigado à apresentação, quer para a ponderação a que o juiz deve proceder para determinar a apresentação das provas; de qualquer forma, são aplicáveis as consequências gerais da falta de cooperação devida (n.º 2 do mesmo artigo 417.º) e salvaguarda-se o *segredo profissional do advogado* (n.º 8 do artigo 12.º);

– Admitiu o acesso a meios de prova em poder de outrem *antes de a acção ser proposta*, com os mesmos limites (artigo 13.º). Note-se que, quer a decisão de instaurar a acção, quer os *factos a alegar* para fundamentar o pedido de indemnização, podem depender da ponderação da viabilidade de procedência;

V. – A plausibilidade do dano é requisito imprescindível para o deferimento de um pedido de apresentação de documentos com vista à interposição de acção ulterior orientada para o exercício de direitos privados emergentes da violação de regras da concorrência;

VI. – A figura da «fishing expedition» da «common law» não tem qualquer ligação com a avaliação legítima e legalmente bem caracterizada da plausibilidade de emergência de danos e justificação da necessidade de apresentação de documentos com vista à justa obtenção de ressarcimento por actos anti-concorrenciais previamente determinados com rigor pelo órgão sancionatório desses actos, num contexto em que a sua ocultação ou o não acesso aos mesmos corresponderia a uma verdadeira denegação do exercício de direitos entrevistos e indiciados, ou seja, um efectivo bloqueio do acesso aos tribunais para o reconhecimento de direitos (ou exercício do «direito a um juiz»);

VII. – A Directiva n.º 2014/104 veda que os Tribunais nacionais possam ordenar a uma parte ou a um terceiro, «para efeitos de acções de indemnização» a divulgação de propostas de transacção.”

²⁰ Cfr. artigo 15.º da Lei n.º 12/2018, que atribui à Autoridade da Concorrência o poder de tomar a iniciativa de apresentar observações escritas “*sobre a proporcionalidade dos pedidos de apresentação de meios de prova incluídos nos seus processos*”, em “*prazo razoável*”. Claro que o tribunal onde for apresentado o correspondente requerimento tem de dar conhecimento à Autoridade da Concorrência.

– Previu a *preservação cautelar* de meios de prova²¹ e a possibilidade de produção antecipada da prova – neste último caso, remetendo para os termos gerais (artigo 17.º).

Lembra-se ainda a possibilidade de pedir informações à Comissão e à Autoridade da Concorrência, se bem que com respeito, por exemplo, pelas limitações impostas pela confidencialidade de certos elementos²² ou pela necessidade de preservação do segredo comercial.²³ Esta possibilidade consta do Regulamento n.º 1/2003²⁴ e dos artigos 14.º e 16.º da Lei n.º 23/20128.

A este propósito, cumpre ter em conta as limitações ou proibições de utilização, em acções de indemnização por infracção ao direito da concorrência, de meios de prova obtidos “*exclusivamente pelo acesso a um processo de uma autoridade da concorrência*”, quanto a quem os pode utilizar – “*a pessoa que os obteve*” ou que suceda nos seus direitos –, quando o seu conteúdo possa ser *desproporcionadamente prejudicial* a uma parte (n.ºs 4 e 5 do artigo 14.º).²⁵

6.4. Existência de uma decisão anterior da Comissão ou de Autoridade da Concorrência

Justifica uma referência especial a questão de saber quais são os efeitos resultantes de, seja a Comissão, seja a Autoridade da Concorrência, ainda que de outro Estado-Membro, ter apurado anteriormente a verificação da infracção

²¹ Cfr. o regime de preservação da prova constante do artigo 340.º do Código da Propriedade Industrial ou do artigo 210.º-B do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

²² Cfr. Artigo 81.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, sobre “*documentação confidencial*”.

²³ Cfr. a Comunicação da Comissão.

²⁴ Cfr. Acórdão TFUE de 14/6/2011, proc. C-36009: “*As disposições do direito da União em matéria de cartéis, em especial o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE, devem ser interpretadas no sentido de que não se opõem a que uma pessoa lesada por uma infracção ao direito da concorrência da União e que procura obter uma indemnização tenha acesso aos documentos relativos a um procedimento de clemência respeitante ao autor da referida infracção. Incumbe, porém, aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, com base no seu direito nacional, determinar as condições nas quais tal acesso deve ser autorizado ou recusado, através da ponderação dos interesses protegidos pelo direito da União.*”

²⁵ Cfr. Acórdão do TJUE de 6/7/2013, proc. C-536/11: “*O direito da União, em especial o princípio da efetividade, opõe-se a uma disposição do direito nacional por força da qual o acesso aos documentos que figuram nos autos respeitantes a um processo nacional relativo à aplicação do artigo 101.º TFUE, incluindo aos documentos comunicados no quadro de um programa de clemência, de terceiros que não são partes nesse processo e que pretendem propor ações de indemnização contra participantes num cartel está subordinado apenas ao consentimento de todas as partes no referido processo, sem que nenhuma possibilidade de ponderar os interesses em presença seja deixada aos órgãos jurisdicionais nacionais.*”

com base na qual é formulado o pedido de indemnização: o tribunal que o julga está vinculado a ter como provada a prática da infracção ou, pelo menos, de alguns dos seus elementos? Ou tem a faculdade de fundamentar um juízo positivo de prova apenas na decisão anterior?

A resposta é diferente para as decisões da Comissão e para as demais. As primeiras obrigam o julgador nacional (n.º 1 do artigo 16.º do Regulamento n.º 1/2003²⁶).²⁷ As decisões definitivas da Autoridade da Concorrência que declarem a ocorrência de uma infracção ao direito da concorrência ou, caso tenham sido impugnadas judicialmente, as correspondentes decisões judiciais transitadas em julgado, têm o valor de presunção inilidível quanto à “*existência, natureza e âmbito material, subjectivo, temporal e territorial dessa infracção*”, numa acção em que se peça uma indemnização pelos danos causados pela referida infracção (n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2018, que executa o disposto no artigo 9.º da Diretiva²⁸). Tratando-se de decisão de uma autoridade da concorrência ou de um tribunal de outro Estado-Membro, é ilidível a presunção (n.ºs 2 e 3).

No n.º 4 do mesmo artigo 7.º permite-se a suspensão da acção onde tiver sido formulado o pedido de indemnização, enquanto estiverem pendentes as

²⁶ “1. Quando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 81.o ou 82.o do Tratado que já tenham sido objecto de decisão da Comissão, os tribunais nacionais não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão. Devem evitar tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão em processos que esta tenha iniciado. Para o efeito, o tribunal nacional pode avaliar se é ou não necessário sustentar a instância. Esta obrigação não prejudica os direitos e obrigações decorrentes do artigo 234.o do Tratado”.

²⁷ “A decisão europeia constitui, perante os tribunais nacionais, uma decisão prejudicial da decisão sobre a obrigação de indemnizar e o juízo emitido sobre os seus fundamentos é vinculativo no âmbito da causa que versa sobre o dever de indemnizar”, escreve Lebre de Freitas, *Regime da acção popular do artigo 19.º da Lei n.º 23/2018*, in *Revista de Direito Comercial*, www.revistadedireitocomercial.com, 23/3/2022, pág. 557 e segs., pág. 585.

²⁸ Cujos n.ºs 1 e 2 têm a seguinte redacção:

Artigo 9.º

Efeito das decisões nacionais

1. Os Estados-Membros asseguram que uma infracção ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de acção de indemnização intentada nos seus tribunais nacionais ao abrigo do artigo 101.º ou do artigo 102.º do TFUE ou do direito nacional da concorrência.

2. Os Estados-Membros asseguram que, caso as decisões definitivas a que se refere o n.º 1 sejam proferidas noutro Estado-Membro, essas decisões possam ser apresentadas nos seus tribunais nacionais, de acordo com o seu direito nacional, pelo menos como elemento de prova *prima facie* de uma infracção ao direito da concorrência e, conforme apropriado, possam ser avaliadas juntamente com quaisquer outros elementos aduzidos pelas partes.

investigações ou os recursos interpostos das decisões, ou, apenas, enquanto estas não forem definitivas.

Suponho que será por princípio uma solução menos boa a criação de uma presunção inilidível; e que exigirá algum esforço de compreensão a comparação do n.º 1 do artigo 7.º com o regime previsto para a eficácia perante terceiros de decisões *penais* condenatórias definitivas.

Note-se que, em Processo Civil, decorrendo sucessivamente duas acções entre as mesmas partes, o caso julgado não abrange os factos provados numa primeira acção – só se podem *aproveitar* na segunda acção os meios de prova produzidos na primeira, cumpridas as exigências definidas para o efeito – artigo 421.º do Código de Processo Civil; mas cabe ao julgador da segunda acção o poder de as apreciar, formando a sua própria conclusão.

6.5. A prova do nexo de causalidade e da culpa

Igualmente poderá ser de grande dificuldade a demonstração do nexo de causalidade entre a infracção e os prejuízos alegados pelo autor do pedido de indemnização, sobre o qual recai o correspondente ónus da prova.

Frequentemente, aliás, ocorrerão situações de concorrência de causas, ou de danos indirectos (suportados por adquirentes que não negociaram directamente com o lesante, mas que sofreram indirectamente as repercussões da infracção cometida).

O mesmo se diga da prova da culpa.

Como todos sabemos, o sistema português de responsabilidade civil exige, por princípio, a culpa do lesante; só excepcionalmente a dispensa. Existem, no entanto, diversas situações (mais ou menos justificadas) de presunção de culpa, que conduzem à inversão do ónus da respectiva prova.

Talvez não fosse desajustado criar presunções de culpa no âmbito da infracção das regras de concorrência. Sempre se nota, todavia, que o critério de aferição da culpa atende a padrões de normalidade de diligência, confrontados com a situação ocorrida, mais fáceis de demonstrar do que se houvesse que atender às características concretas do agente; e que as presunções judiciais desempenham aqui um papel particularmente importante.

7. A medida da indemnização

De acordo com o artigo 3.º da Directiva, as regras nacionais devem permitir a *reparação integral dos danos* (n.º 1), de forma a que o lesado seja colocado na situação em que estaria se a infracção não tivesse sido cometida,²⁹ sem, todavia, conduzirem ao seu enriquecimento. Essa *reparação integral* implica a ressarcibilidade dos danos emergentes e dos lucros cessantes, bem como o pagamento de juros (n.º 2), mas sem que seja *excessiva a reparação*, “*por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou de outro tipo*”.

Em direito português, e numa brevíssima síntese, a indemnização é calculada, por regra, nos termos da teoria da diferença: “*tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos*” – n.º 2 do artigo 566.º do Código Civil; ou seja, resulta da comparação entre uma situação *conhecida* e uma situação *hipotética*.

Para esse cálculo são tidos em conta, tanto os danos emergentes, ainda que futuros, como os lucros cessantes, de forma a ser garantida a reparação total do dano; e se o valor exacto não puder ser determinado (nem remetendo para liquidação posterior), então “*o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados*” – n.º 3 do mesmo artigo 566.º.

Para além disso, está consagrada a obrigação de pagamento de juros de mora contados desde a citação (artigo 805.º, n.º 3, Código Civil). Há, todavia, que ter em conta o acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 4/2002, de 9 de Maio de 2002, proc. 1508/2001, DR I-A de 27 de Junho de 2002, segundo o qual “*Sempre que a indemnização pecuniária por facto ilícito ou pelo risco tiver sido objecto de cálculo actualizado, nos termos do n.º 2 do artigo 566.º do Código Civil, vence juros de mora, por efeito do disposto nos artigos 805.º, n.º 3 (interpretado restritivamente), e 806.º, n.º 1, também do Código Civil, a partir da decisão actualizadora, e não a partir da citação.*”³⁰ O n.º 2 do artigo 4.º da

²⁹ A formulação de pedidos de indemnização pela via das acções populares pode não conduzir à reparação integral dos danos sofridos pelos lesados não identificados que sejam abrangidos pelo caso julgado: cfr. n.ºs 4 e 5 do artigo 19.º da lei n.º 23/2018. Suponho, porém, que será uma consequência inevitável do sistema de auto-exclusão adoptado pela Lei 83/95 – sistema que, todavia, favorecerá o ressarcimento de um maior número de consumidores. Paula Costa e Silva, *Private Enforcement e Tutela Colectiva*, Coimbra, 2022, pág. 18, observa que se trata de uma questão de “*praticabilidade da acção popular*” e, em último caso, de “*efectividade dos interesses colectivos atingidos*”.

³⁰ Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/11/2014, www.dgsi.pt, proc. n.º 5572/05.0TVLSB.L1.S1: “*(...). VI- A observância do AUJ n.º 4/2002, de 9-5, determina que a contagem dos juros se faça desde a data da sentença em 1.ª instância, e não desde*

Lei n.º 23/2018, que prevê que os juros de mora sejam devidos “*desde o momento da decisão*”, interpretado em conjunto com o n.º 1 e em conformidade com a Directiva³¹, deverá ser entendido como pressupondo que a decisão condenatória contém a *atualização* a que o acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 4/2002 se refere.

Podem ainda ser tidos em conta o grau de culpa (494º do Código Civil) e outros elementos (a situação económica das partes, as circunstâncias concretas do caso), embora para reduzir o montante da indemnização,³² bem como a eventualidade de concorrência de culpas do lesante e do lesado, hipótese em que a indemnização será graduada em função do grau da culpa de cada um (570º do Código Civil).

Difícilmente se poderá sustentar, todavia, que o regime geral permite tomar em conta para a fixação da indemnização o lucro obtido pelo lesante,³³ apesar de não ser exacto pensar que o direito português é indiferente à função punitiva da responsabilidade civil,³⁴ atribuindo-lhe tão somente uma função reparadora. Note-se que o lucro obtido é um dos elementos utilizados na fixação da coima (al. e) do n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012). A sua desconsideração para efeitos de responsabilidade civil e a respectiva consideração para a determinação da coima, em ambos os casos com fundamento em infracção das regras de concorrência, mostra bem a diferença entre os objectivos do *enforcement* público e privado.

No âmbito da responsabilidade civil por violação das regras da concorrência, o cálculo da indemnização é uma das tarefas mais complexas a desempenhar, como facilmente se intui; sobretudo – mas não só, nem de perto, nem de longe – nos pedidos de indemnização não precedidos de decisões da Comissão ou de Autoridades da Concorrência; a circunstância de estas últimas desempenharem

o respectivo trânsito em julgado, desde que a indemnização tenha sido calculada com referência a esse mesmo momento”.

³¹ Cfr. o citado artigo 3.º.

³² Estará esta redução de acordo com o objectivo da Directiva, de proporcionar a indemnização integral dos danos?

³³ Como sucede no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, n.º 2 do artigo 211º, ou no domínio da propriedade industrial, n.º 2 do artigo 347.º do Código da Propriedade Industrial).

³⁴ Cfr. Henrique Antunes, *Das Funções Reconstitutiva e Punitiva da Responsabilidade Civil: Propostas de Reforma do Código Civil Português*, Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 1–23, 2019, Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/24>, pág. 8.

Cfr., por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/11/2014, www.dgsi.pt, proc. n.º 5572/05.0TVLSB.L1.S1.

a função de tutela *pública* da concorrência não prejudica, como parece evidente, o significativo contributo que trazem para a prova dos pressupostos da obrigação de indemnizar com fundamento na *mesma* infracção.

Se, em geral, pode ser difícil comparar a situação actual do lesado com aquela em que se encontraria se não tivesse ocorrido a lesão – se dessa comparação não resultar um *valor exacto*, a indemnização deve ser calculada segundo a equidade, “*dentro dos limites*” que o tribunal considerar provados (n.º 3 do artigo 566.º do Código Civil) –, no âmbito dos pedidos de indemnização por infracção das regras de concorrência, como recorda o considerando 46 da directiva, a *situação hipotética* a comparar com a situação conhecida pode “*implicar a apreciação da forma como o mercado em questão teria evoluído na ausência da infracção*”, prova cuja dificuldade é sensivelmente acrescida pela “*assimetria de informação entre as partes*”, a que se refere o mesmo considerando 46.

O apelo a um juízo de equidade, constante do citado n.º 3 do artigo 566.º do Código Civil, pressupõe uma *base de facto provada* cuja suficiência, nestas acções, será frequentemente difícil de alcançar, apesar das especiais regras de preservação e de acesso à prova, bem como do dever de cooperação incidente sobre as partes e terceiros, ou do dever da Autoridade da Concorrência de prestar assistência às partes, previsto no n.º 3 do artigo 9.º da Lei n.º 23/2018.

Apesar de tudo, e tendo em vista o objectivo de alcançar o melhor possível a reparação integral do dano, o n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 23/2018 atribui ao tribunal o poder-dever de proceder a uma “*estimativa aproximada*” para o respectivo cálculo,³⁵ remetendo expressamente para “*a Comunicação da Comissão (2013/C 167/07), de 13 de Junho de 2013, sobre a quantificação dos danos nas acções de indemnização que tenham por fundamento as infracções aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*”.³⁶

³⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 6/11/2023, www.dgsi.pt: “(...) III. Em sede de quantum do dano, cabe ao demandante o respectivo ónus da prova. IV. Não logrando a demandante provar a quantia exacta do dano e concluindo o tribunal, perante circunstâncias objectivas do caso, que tal determinação era praticamente impossível ou excessivamente difícil, poderá fixar o valor do dano com base em estimativa judicial prevista no artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2018, que transpôs o artigo 17.º, n.º 1, da Directiva 2014/104/EY, sendo tal poder expressão do princípio da efectividade. (...)”

³⁶ Maria José Capelo e Carolina Cunha, “*Práticas Anticoncorrenciais. Entre o Public Enforcement e a acção popular indemnizatória*”, Coimbra, 2023, págs. 187-188, consideram o critério consagrado no n.º 2 do art.º 9.º da Lei n.º 23/2018 uma “*concretização sectorial*” do n.º 3 do artigo 566.º do Código Civil.

Chama-se ainda a atenção para a previsão de que o tribunal possa tomar em consideração informações e decisões proferidas em acções *conexas*, ou que sejam públicas, nos termos do disposto no artigo 10.º da Lei n.º 23/2018, em ordem a evitar compensações excessivas ou falta de compensação (por exemplo, por haver várias acções pendentes ou já julgadas relativas à mesma infracção, mas instauradas “*por autores situados em outros níveis da cadeia de produção*”) e para a necessidade de considerar uma eventual repercussão de custos adicionais, sob pena de um possível enriquecimento do lesado.

E nota-se, a concluir este ponto, que será possível a formulação de pedidos genéricos, nos termos do disposto na al. b) do n.º 1 do artigo 556.º do Código de Processo Civil.

8. A prescrição

Diferentemente do que sucede com a caducidade,³⁷ que tem por fundamento razões de certeza e segurança, o decurso do prazo de prescrição não extingue o direito que estiver em causa, antes confere ao correspondente sujeito passivo o poder de se opor ao seu exercício (n.º 1 do artigo 304.º do Código Civil); se, todavia, cumprir, ainda que ignorando a prescrição, não pode reaver o que prestou (n.º 2 do mesmo artigo 304.º) – o que significa, na verdade, que a prescrição, que carece de ser invocada pelo beneficiário, apenas exclui o poder de exercer judicialmente o direito que estiver em causa. O efeito da prescrição traduz-se, no fundo, numa *sanção pela negligência do titular*.³⁸

Por isso, também em regra, o prazo de caducidade não se suspende, nem se interrompe, diferentemente do que sucede com o prazo de prescrição, por a este não ser alheia a atitude ou a situação do obrigado.

Esta configuração do funcionamento da prescrição implica desde logo a determinação de que elementos depende o início da contagem do prazo, ou, dito de outra forma, o que é exigível que seja conhecido pelo sujeito passivo; segundo o regime geral, definido pelo artigo 498.º do Código Civil, o prazo – de três anos, salvo se o *facto ilícito constituir crime sujeito a prazo de prescrição mais longo* – para o exercício do direito de indemnização com fundamento em

³⁷ Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/10/2015, www.dgsi.pt, proc. 273/13.9YHLSB.L1.S1.

³⁸ Assim, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7/7/2022, www.dgsi.pt, proc. N.º 2/19.3YQSTR-G.L1.S1: “*o fundamento específico da prescrição reside na negligência do titular do direito em exercitá-lo durante o período de tempo tido como razoável pelo legislador (...)*”.

responsabilidade civil extracontratual começa a correr “a contar da data em que o lesado teve do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos” (n.º 1);³⁹ bem como exige igualmente a identificação dos motivos de suspensão e de interrupção do prazo, bem como da cessação da suspensão.

Não se distingue neste regime geral entre os factos instantâneos e os factos duradouros.

Diferentemente, o artigo 6.º da Lei n.º 23/2018 fixa em cinco anos o prazo de prescrição, marca o seu início a partir do conhecimento real ou *razoavelmente* presumido do facto danoso e de que constitui uma infracção ao direito da concorrência, da identidade do infractor e de que o facto lhe causou danos, ainda que com desconhecimento da sua extensão integral; e só começa a correr após ter cessado a infracção. Estando a decorrer, nesse momento, uma investigação da Comissão ou da Autoridade da Concorrência, suspende-se o prazo (n.º 1 do artigo 16º do Regulamento n.º 1/2003 e n.ºs 4 e 5 do artigo 6.º da lei n.º 23/2018).⁴⁰

Independentemente de se poder entender que, em geral, seria preferível um regime semelhante ao que consta da Lei n.º 23/2018, sucede, por um lado, que a solução desta Lei é a que impõe a Diretiva⁴¹ e que, por outro, a especialidade

³⁹ O desconhecimento da extensão integral dos danos não prejudica o lesado, que pode ampliar o pedido no decurso da acção de indemnização. A desnecessidade de conhecimento da pessoa do responsável explica-se por não merecer tutela “a incúria do lesado em averiguar quem o lesou” (Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed. revista e actualizada, Coimbra, 1987, anotação ao artigo 498.º. Todavia, como igualmente se esclarece nesta anotação, “o preceito tem de ser interpretado em termos hábeis”, uma vez que “se o lesado só tiver conhecimento da identidade do responsável depois de verificada a lesão, o prazo de três anos para propor a acção não se conta desse momento, mas a partir da data em que o lesado teve conhecimento do seu direito”.

⁴⁰ Cfr. Ac do STJ de 8/3/2022, www.dgsi.pt, proc. N.º 6/19.&YQSTR-C.L1.S1: “I. Numa acção na qual se peticiona a condenação da ré no pagamento da quantia de € 126 000,00, a título de indemnização devida pela violação dos arts. 101.º, n.º 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) e 53.º, n.º 1, do Acordo EEE e da quantia de € 51 784,28, a título de juros de mora vencidos, tendo a Comissão Europeia levado a cabo uma investigação à conduta de diversas empresas que se iniciou em 2011 e que só em 19-07-2016 obteve uma decisão final condenatória, publicada em 6 de Abril de 2017, só nessa data se considera estarem consolidados elementos suficientes para o início da contagem do prazo de prescrição da responsabilidade extracontratual, ao abrigo do art.º 483.º do CC, uma vez que só com essa publicação da deliberação condenatória da Comissão Europeia no JOUE, se pode considerado que os lesados tiveram conhecimento do direito que lhes compete. (...)”

⁴¹ Cfr. considerandos 36 e 49 e o artigo 10.º.

das infracções ao direito da concorrência (como sejam a sua complexidade ou o seu carácter frequentemente secreto⁴²) justificam a opção tomada.

9. Tribunal competente

Determinando-se a competência do tribunal pelo pedido formulado, entendido à luz da causa de pedir, como é jurisprudência constante do Supremo Tribunal de Justiça e do próprio tribunal dos Conflitos,⁴³ não é de estranhar a formulação

⁴² Cita-se de novo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7/7/2022, transcrevendo-se parte da respectiva síntese conclusiva, por ser demonstrativa das dificuldades que o conhecimento da prática de uma infracção (que, como sucedia no caso, era *secreta*) e do seu autor pode especificamente envolver:

“(…) - O art. 306 n.º 1, do CCivil, adotou em matéria de prescrição um sistema objetivo que dispensa qualquer conhecimento, por parte do credor, dos elementos essenciais referentes ao seu direito, iniciando-se o decurso do prazo de prescrição “quando o direito puder ser exercido”, significando esta expressão que a prescrição se inicia quando o direito estiver em condições (objetivas) de o titular poder exigir do devedor o cumprimento da obrigação.

- O art. 498 n.º 1 do CCivil no âmbito da responsabilidade civil por facto ilícito determina que o prazo de prescrição se inicie a partir do momento em que o titular do respetivo direito tem conhecimento dos pressupostos que condicionam a responsabilidade e não da consciência da possibilidade legal do ressarcimento o que ocorre quando tem conhecimento do dano (ainda que não da sua extensão integral), do facto ilícito e do nexo causal entre a verificação deste e a ocorrência.

- Sendo o facto ilícito a prática pela ré de colusão traduzida na finalidade de obter benefícios próprios em detrimento de um mercado livre e da concorrência, atividade proibida pela lei nacional e pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o prazo de prescrição inicia-se com a publicação da condenação da ré por esse ilícito.

- Ao contrário de um facto produzido naturalisticamente sobre a esfera jurídica de cada uma das autoras e que estas pudessem perceber, de imediato, que lhes provocava um dano, o facto natural gerador do facto ilícito em que se traduz a atuação da ré tem natureza oculta por incorporar na sua realização, por definição, um esforço, conseguido durante algum tempo, de subtração ao conhecimento dos lesados e das autoridades inspetivas, apenas se configurando como facto normativamente ilícito quando é declarado como atuação ilegal.”

⁴³ Cfr., por exemplo, no acórdão do Tribunal dos Conflitos de 8 de Novembro de 2018, www.dgsi.pt, processo n.º 020/18, “como tem sido sólida e uniformemente entendido pela jurisprudência deste Tribunal de Conflitos, a competência dos tribunais em razão da matéria afere-se em função da configuração da relação jurídica controvertida, isto é, em função dos termos em que é deduzida a pretensão do autor na petição inicial, incluindo os seus fundamentos (...) A competência em razão da matéria é, assim, questão que se resolve em razão do modo como o autor estrutura a causa, e exprime a sua pretensão em juízo, não importando para o efeito averiguar quais deveriam ser os correctos termos dessa pretensão considerando a realidade fáctica efectivamente existente, nem o correcto entendimento sobre o regime jurídico aplicável – ver, por elucidativo sobre esta metodologia jurídica, o AC do Tribunal de Conflitos de 01.10.2015, 08/14, onde se diz, além do mais, que «o tribunal é livre na indagação do direito e na qualificação jurídica

conferida pela Lei n.º 23/2018 aos n.ºs 3 e 4 do artigo 112.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto.

Também se compreenderá a concentração num único tribunal especializado, com jurisdição sobre todo o país, da competência para conhecer destas acções de indemnização e de questões conexas (n.ºs 3 e segs. do artigo 112.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário); da competência, aliás, para conhecer das medidas de tutela pública e privada da concorrência que cheguem aos tribunais, para utilizar uma expressão que abranja os diversos n.ºs do citado artigo 112.º. O objectivo é fácil de encontrar: a matéria exige especialização e a aplicação uniforme das regras de concorrência aconselha a concentração – que igualmente encontramos nas secções das Relações e do Supremo tribunal de Justiça.

Sempre se nota, todavia, que especialização de tribunais e especialização de juízes são naturalmente coisas diferentes e que a concentração reduz, mas não impede, as divergências jurisprudenciais.

10. Legitimidade para propor a acção

São aplicáveis à aferição da legitimidade, singular ou plural, para propor ou ser demandado em acções de responsabilidade civil por danos causados por infracções ao direito da concorrência as regras gerais, constantes, respectivamente, dos artigos 30.º, 32.º, 33.º, 34.º, 36.º e 39.º do CPC.

Poderia levantar-se a questão de saber se a forma como a legitimidade é definida no n.º 1 do art.º 30.º do Código de Processo Civil⁴⁴ retira aos lesados indirectos a possibilidade de demandar o lesante; suponho que não, tendo em conta as referências que se encontram ao longo da Lei n.º 23/2018⁴⁵ a *clientes ou fornecedores indirectos* e que o problema que está subjacente a esta dúvida respeita, não só à legitimidade (os lesados indirectos invocam direitos de indemnização pelos prejuízos ocorridos no seu património, embora não de forma *mediata*), mas antes ao nexo de causalidade que é preciso estabelecer e provar.

No artigo 19.º da Lei n.º 23/2018 veio, entretanto, permitir-se permitir-se a propositura de acções de indemnização “*ao abrigo da Lei n.º 83/95, de 31 de*

dos factos. Mas não pode antecipar esse juízo para o momento de apreciação do pressuposto da competência...»].”.

⁴⁴ Como um interesse *directo* em demandar ou em contradizer.

⁴⁵ Cfr. artigo 8.º.

Agosto” (acção popular), atribuindo-se legitimidade, “*para além das entidades nela referidas*”, a “*associações e fundações que tenham por fim a defesa dos consumidores*” e “*às associações de empresas cujos associados sejam lesados pela infracção ao direito da concorrência*”.

Lida a lei da acção popular de acordo com o preceituado no n.º 3 do artigo 52.º da Constituição, deve entender-se que todas as pessoas singulares, bem como as associações e fundações que cumpram as exigências previstas nos artigos 2.º e 3.º respectivos têm legitimidade para propor acções de indemnização de que agora se trata. Suponho, todavia, que terá de existir uma homogeneidade de interesses que justifique a propositura em conjunto da acção⁴⁶; a Jurisprudência tem salientado que não é admissível uma acção popular na qual o demandado tenha meios de defesa diferentes para os autores abrangidos pela acção (isto é, que, sendo abrangidos pelo seu objecto, não se tenham excluído dos efeitos da acção, nos termos previstos nos artigos 14.º e 15.º da Lei n.º 83/95⁴⁷).

Suponho, ainda que poderá ser utilizada a via definida pelo Decreto-Lei n.º 314.º-A/2023, de 5 de Dezembro, para a tutela colectiva dos interesses dos consumidores.

Abrangendo a sentença os lesados que não se excluírem da acção, cumpre-lhe definir os critérios de identificação daqueles que são abrangidos e de quantificação dos danos sofridos pelos lesados individualmente identificados e, quanto aos não identificados, fixar um montante global da indemnização, definido segundo o método da *estimativa global* previsto no n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 23/2018, bem como designar “*a entidade responsável pela recepção, gestão e pagamento das indemnizações*” que lhes são destinadas.

⁴⁶ Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8/9/2016, www.dgsi.pt, proc. 7617/15.T8PRT.S1: “(...) III (...) porém, quando por intermédio daquela acção se almeje a tutela de um interesse coletivo, releva a protecção de situações individuais dos respectivos titulares, sendo que tal é admissível apenas até ao limite em que seja aceitável uma apreciação indiferenciada das mesmas, sem que, contudo, se dispense a análise individualizada de cada uma”.

⁴⁷ Cfr, por exemplo, o acórdão do Supremo tribunal de Justiça de 6/6/2023, www.dgsi.pt, proc. n.º 26412/16.0T8LSB.L2.S1: “(...) II. A acção popular não é admissível quando o demandado possa utilizar fundamentos de defesa específicos contra alguns dos representados pelo autor”.

11. Conclusões

Os sistemas público e privado de tutela da concorrência complementam-se e devem harmonizar-se na sua concretização. Desempenha um papel relevante para esse efeito, por exemplo, a *eficácia probatória* das decisões da Comissão Europeia e das Autoridades da Concorrência nas acções de indemnização com fundamento na infracção que tiverem reconhecido.

A regulamentação e julgamento de pedidos de indemnização pelos danos sofridos em consequência da infracção das regras europeias e nacionais, disciplinados entre nós pela Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, que transpõe a Diretiva 2014/104/EU, do Parlamento e do Conselho, de 26 de Novembro de 2014, devem respeitar os princípios da efectividade e da equivalência, e ser norteados pelo objectivo de proporcionar aos lesados uma reparação integral, sem todavia conduzirem ao seu enriquecimento (o que justifica, por exemplo, a presunção de que os *custos adicionais* foram repercutidos no cliente indirecto).

A complexidade frequente de prova ou de cálculo da indemnização justificam regras significativamente diferentes das regras gerais, substantivas e processuais, aplicáveis às acções de responsabilidade civil. Salienta-se a disciplina da prova, da fixação da indemnização ou da prescrição do direito à indemnização.

ismat



INSTITUTO SUPERIOR
MANUEL TEIXEIRA GOMES

