



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Ana Francisca Pinto Dias

TUTELA COLETIVA RESSARCITÓRIA
ALGUNS PROBLEMAS PROCESSUAIS

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, Menção
em Direito Processual Civil orientada pela Professora Doutora Maria José
Capelo Pinto de Resende e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra**

Outubro de 2020



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Ana Francisca Pinto Dias

Tutela Coletiva Ressarcitória
Alguns problemas processuais

Collective Redress
Some procedural problems

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Processual Civil, sob a orientação da Professora Doutora Maria José Capelo Pinto de Resende

Coimbra, 2020

Aos meus pais, António e Júlia, pelo apoio, incentivo e confiança e por me inculcarem os valores do trabalho e da responsabilidade.

À minha avó, Adelina, à Marta e à Tia Maria pela presença constante.

À minha afilhada, Constança, para que nunca desista dos seus sonhos.

Aos meus avós e ao meu tio *in memoriam*.

À minha orientadora, Professora Doutora Maria José Capelo, pela dedicação e partilha de saber e por ser o meu maior exemplo de brilhantismo e humildade académica.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e a todos os meus Professores pela formação que me proporcionaram.

À Secção de Ciências-Jurídico Filosóficas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra por tudo o que me ensina e por me permitir viver um pequeno sonho.

RESUMO

O objeto de discussão da nossa dissertação, intitulada “Tutela coletiva ressarcitória: Alguns problemas processuais”, é extraordinariamente complexo e de lúdica atualidade o que, por um lado, o torna um domínio de reflexão particularmente desafiante e estimulante para uma investigadora principiante e, por outro lado, nos consciencializa da pequenez do nosso contributo para o desenvolvimento do estudo das ações coletivas ressarcitórias.

No contexto europeu atual a litigiosidade massiva, além de assumir a veste de personagem protagonista nos debates e na literatura jurídico-processualista mais recente, reveste-se de penhorada relevância no contexto da política de Justiça da União Europeia, a qual integra nos seus objetivos principais o provimento aos seus destinatários de mecanismos processuais adequados, eficientes e eficazes para garantir o ressarcimento a uma pluralidade de cidadãos pelos danos emergentes de uma prática ilícita perpetrada por um mesmo profissional («danos em massa»).

Após cerca de vinte anos de reflexão e discussão, na sequência do «Novo Acordo para os Consumidores» que de entre as suas finalidades primaciais visou a atribuição de melhores oportunidades de reparação para os consumidores, o Parlamento Europeu e o Conselho apresentaram uma «Proposta de Diretiva relativa a ações coletivas para proteger os interesses coletivos dos consumidores».

A «Proposta de Diretiva» propõe-se a generalizar as ações coletivas de reparação destinadas a permitir aos consumidores lesados a reivindicação coletiva de danos individualmente sofridos em virtude de práticas ilícitas praticadas por comerciantes em todo o território europeu.

Confrontados com a enormidade de problemas que o estudo das ações coletivas de reparação – em particular, de indemnização – convoca, somos impelidos a circunscrever o tema da presente dissertação a aspetos processuais específicos considerando, em termos metodológicos, os contributos fornecidos pela dogmática nacional e pela comparação jurídica.

O nosso caminho terá duas paragens. Uma primeira que assumirá uma função delimitadora das ações coletivas ressarcitórias, porquanto, procuraremos essencialmente analisar os âmbitos objetivo e material das ações coletivas ressarcitórias. Uma segunda, em que nos debruçaremos sobre particulares aspetos processuais estruturantes do regime das

ações coletivas ressarcitórias – a legitimidade processual ativa e a constituição do grupo de lesados cujos interesses podem ser defendidos numa concreta ação coletiva ressarcitória.

Palavras-chave: ação coletiva ressarcitória; consumidores; legitimidade processual ativa; princípio do *opt-in*; princípio do *opt-out*

ABSTRACT

The object of discussion of our dissertation, entitled "Collective redress: Some procedural problems", is extraordinarily complex and of topicality which, on the one hand, makes it a particularly challenging and stimulating area of reflection for a beginner researcher and, on the other hand, makes us aware of the smallness of our contribution to the development of the study of collective redress actions.

In the current European context, mass litigation, in addition to taking on the role of protagonist in the most recent debates and legal and procedural literature, is of great relevance in the context of the European Union's Justice policy, which includes among its main objectives the provision to European citizens of adequate, efficient and effective procedural mechanisms to guarantee compensation for damages arising from an illicit practice perpetrated by the same professional ("mass damages").

After nearly twenty years of reflection and discussion, following the "New Deal for Consumers" which among its primary purposes was to provide better redress opportunities for consumers, the European Parliament and the Council presented a "Proposal for a Directive on collective actions to protect the collective interests of consumers".

The "Proposal for a Directive" proposes to generalise collective redress actions aimed at enabling injured consumers to seek collective redress for damage suffered individually as a result of unlawful practices by traders throughout Europe.

Faced with the enormity of the problems raised by the study of collective redress actions - in particular damages - we are compelled to limit the subject of this dissertation to specific procedural aspects considering, in methodological terms, the contributions provided by national dogma and legal comparison.

Our journey will have two stops. The first one will assume a delimiting function of the collective redress actions, since we will essentially seek to analyze the objective and material ambits of the collective redress actions. A second, in which we will focus on the particular procedural aspects structuring the regime of collective redress actions - the active procedural legitimacy and the constitution of the group of injured parties whose interests can be defended in a concrete collective redress action.

Keywords: Collective redress; consumers; legal standing; opt-out principle; opt-in principle

PRINCIPAIS ABREVIATURAS UTILIZADAS

AJL – Athens Journal of Law
BEUC – The European Consumer Organization
BIICL – British Institute of International and Comparative Law
BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
BUIIJ – Boston University International Law Journal
C. Con. – Code de la Consommation
C.d.Con. – Codice del Consumo
CDE – Code de Droit Économique
CE – Code de l’Environnement
CJEL – Columbia Journal of European Law
CJQ – Civil Justice Quarterly
CLR – Competition Law Review
CLR – Cornell Law Review
Cod.d.Cons. – Codice del Consumo
CPC – Código de Processo Civil
CPC It. – Codice di Procedura Civile
CRP – Constituição da República Portuguesa
CSP – Code de la santé publique
CT – Code du Travail
DePaul L. Rev. – DePaul Law Review
DR – Rivista Danno e responsabilità
E.J. Comp. L. – Electronic Journal of Comparative Law
EDC – Estudos do Direito do Consumidor
EJLS – European Journal of Legal Studies
ELR – Erasmus Law Review
ERPL – European Review of Private Law
EuCML – Journal of European Consumer and Market Law
FRCP – Federal Rules of Civil Procedure
GIURETA – Rivista di Diritto dell’Economia, dei Trasporti e dell’Ambiente
Gius. Ins. – Giustizia Insieme

GJICL – Georgia Journal of International and Comparative Law
HJLS – Hungarian Journal of Legal Studies
HLJ – Hastings Law Journal
IC – Il Civilista
Il Foro It. – Il Foro Italiano
InDret – Revista para el Análisis del Derecho
JCP – Journal of Consumer Policy
JDR – Journal of Dispute Resolution
JLEP – Journal of Law, Economics and Policy
JPIL – Journal of Private International Law
KLR – Kansas Law Review
LAP – Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto sobre o direito de participação procedimental e de ação popular
LCLS – Journal of Corporate Law Studies
LDC – Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor)
LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil
LG – Legal Studies
LNLCC – Le Nuove Leggi Civile Commentate
LUSÍADA, Rev. C.C. – LUSÍADA, Revista de Ciência e Cultura
Mich. L. R – Michigan Law Review
NYUR – New York University Review
RDB – Revista de Direito Brasileira
RDC – Rivista di Diritto Civile
RDP – Rivista di Diritto Processuale
REDUR – Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja
RePro – Revista de Processo
Rev. Dir. Com. – Revista de Direito Comercial
RevCEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente
Riv. Dir. Ban. – Rivista di Diritto Bancario
RJUAM – Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RLDC – Revue Lamy Droit Civil

RMP – Revista do Ministério Público
RPDC – Revista Portuguesa de Direito do Consumo
RTDPC – Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
Rus. L. J. – Russian Law Journal
Sep. Rev. O.A. – Separata da Revista da Ordem dos Advogados
SI – Studium Iuris
SJIL – Southwestern Journal of International Law
TCALR – The Class Actions Law Review
TCLR – The Competition Law Review
TIL – Theoretical Inquiries in Law
UCLF – University of Chicago Legal Forum
VLR – Vanderbilt Law Review
ZZI – Zeitschrift für Zivilprozess International

ÍNDICE

RESUMO	2
ABSTRACT	4
ABREVIATURAS	6
CONSIDERAÇÕES INICIAIS	11

CAPÍTULO I – A TUTELA COLETIVA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGENEOS

1. Âmbito objetivo da tutela coletiva: das ações coletivas <i>stricto sensu</i> ao exercício coletivo de ações individuais homogêneas	17
2. Interesses individuais homogêneos suscetíveis de coletivização: <i>small claims</i> e <i>large claims</i>	25
3. Funções principais da coletivização dos interesses individuais homogêneos.	27
3.1. A coletivização de interesses individuais como meio de facilitar o acesso à justiça	27
3.1.1. A relação custos-benefícios	27
3.1.2. A distribuição do risco	31
3.2. A relevância social da coletivização de interesses individuais	32
3.3. A coletivização dos interesses individuais homogêneos como garante da igualdade e da segurança e certeza jurídica	33
3.4. Coletivização de interesses individuais como meio de racionalizar a administração da justiça	34
4. Entre a setorialidade e a horizontalidade da coletivização de ações individuais.	33
4.1. <i>Status evolutionis</i> no panorama jurídico europeu	35
4.2. O retorno à setorialidade da tutela coletiva ressarcitória	38

CAPÍTULO II – A TUTELA COLETIVA RESSARCITÓRIA

1. Legitimidade para o exercício das ações coletivas ressarcitórias	
1.1. Os vários modelos de legitimidade	49
1.1.1. Modelo de «ação de classe»	50
1.1.2. Modelo de «ação de grupo»	60
1.1.3. Modelo de «ação representativa»	64
1.1.3.1. Entidades qualificadas previamente designadas	65
1.1.3.2. Entidades qualificadas com base <i>ad hoc</i>	74
1.1.3.3. Órgãos públicos independentes	76
1.2. A legitimidade para agir na «Proposta de Diretiva»	78
1.3. A determinação da legitimidade processual e a legitimidade para agir das entidades qualificadas	94
2. A composição do grupo consumidores «representados»	109
2.1. Sistema de <i>opt-in</i> e o sistema de <i>opt-out</i>	109
2.2. Sistema misto ou híbrido de <i>opt-in</i> e <i>opt-out</i>	125
CONCLUSÕES	134
BIBLIOGRAFIA	137

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito do consumidor é um direito de mercado e protege o consumidor em função da regulação do mercado interno. A figura do consumidor é, assim, uma figura funcionalizada à realização do mercado interno.

O consumidor tem de ser um agente ativo na realização do mercado interno e, para tanto, tem de ter à sua disposição não só um acervo de direitos como também e, sobretudo, os mecanismos adequados para a proteção desses direitos, para que possa atuar com confiança no mercado. A confiança e a segurança dos consumidores e dos comerciantes no mercado contribuem para um ambiente de consumo sadio, o que se reflete num crescimento sustentável do mercado.

A economia moderna, o rápido desenvolvimento dos meios de tecnologia de informação e comunicação, o crescimento do comércio transfronteiriço e as políticas estratégicas comerciais à escala europeia, são alguns dos fatores que aumentaram o risco de um grande número de consumidores serem afetados por infrações ao Direito da União Europeia.

A falta de meios eficazes para obterem a cessação ou proibição das práticas ilícitas e/ou a reparação pelos prejuízos sofridos afeta a confiança dos consumidores no mercado interno e, por conseguinte, pode prejudicar o bom funcionamento do mercado interno.

Neste contexto, para que os consumidores possam obter uma reparação efetiva pelos danos que sofreram e, em particular, no caso de litígios transfronteiriços, é necessário que se consagrem soluções processuais conformes com o Direito da União Europeia.

Até ao momento, o direito processual europeu não oferecia uma solução de reparação coletiva para os casos de danos em massa. Em tais casos, a proteção dos direitos dos consumidores estava cingida à solução de reparação individual, ou seja, os consumidores apenas tinham a opção de recorrer individualmente aos tribunais para obter uma indemnização individual.

Contudo, a *praxis* tem evidenciado que, ainda que esta solução seja possível, resulta ineficiente, porquanto, são raros os consumidores lesados que tomam a iniciativa de propor ações individuais com vista à obtenção de uma compensação pelos danos sofridos, sobretudo, quando o dano individual é pequeno em relação aos custos do litígio.

Neste quadro, as instituições europeias moveram continuamente esforços no sentido da consagração de mecanismos de tutela coletiva para facilitar o acesso à justiça dos cidadãos e, em particular, dos consumidores, especialmente, naqueles casos em que o custo individual do processo desestimule os consumidores a propor uma ação individual, *inter alia*:

– Em 2005, a Comissão adotou um livro verde sobre ações coletivas de indemnização por infração das regras *antitrust* estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do TFUE;¹

– Em 2007, em virtude do escasso impacto do livro verde na efetividade do direito ao ressarcimento pelos danos sofridos em virtude da violação de normas *antitrust*, o Parlamento Europeu apresentou uma Resolução² na qual solicitou à Comissão a elaboração de um livro branco que integrasse propostas detalhadas, com a finalidade de facilitar a propositura de ações coletivas de indemnização no domínio *antitrust*, o qual foi adotado pela Comissão em 2008;³

– Em 2008, a Comissão publicou um livro verde sobre a tutela coletiva dos consumidores;⁴

– Em 2009, o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram a Diretiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009 relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores (adiante, «Diretiva das Ações Inibitórias») que é uma codificação da Diretiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 1998 relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, cujo objeto consiste na proteção dos interesses dos consumidores incluídos num conjunto de diretivas enumeradas no anexo I da mesma Diretiva;⁵

– Em 2012, o Parlamento Europeu adotou a Resolução «Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva», em que apelou a que as propostas sobre tutela coletiva assumissem a forma de um quadro jurídico horizontal que incluísse um conjunto de princípios comuns e contemplasse especificamente, mas não exclusivamente, as violações dos direitos dos consumidores;⁶

¹ COM(2005) 672 final, 19.12.2005.

² 2006/2207(INI), 25.4.2007.

³ COM(2008) 165, 2.4.2008.

⁴ COM(2008) 794 final, 27.11.2008.

⁵ JO L 110/30, 1.5.2009.

⁶ 2011/2089(INI), 2.2.2012.

– Em 2013, a Comissão apresentou a «Recomendação 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», propugnando que estes princípios comuns básicos devem ser aplicados horizontalmente e de igual modo, particularmente, nos domínios da proteção dos consumidores, da concorrência, da proteção do ambiente, da proteção dos dados pessoais, da legislação relativa aos serviços financeiros e da proteção dos investidores, assim como noutros em que as ações coletivas, inibitórias ou ressarcitórias, relativamente a violações dos direitos concedidos pelo direito da União se justifiquem.⁷

Não obstante, as diversas iniciativas europeias para implementar mecanismos harmonizados mediante os quais uma multitude de consumidores afetados por uma determinada prática ilícita podem obter uma compensação eficaz pelos danos por aquela provocados e/ou a sua cessação, a configuração de mecanismos de tutela coletiva persistem significativamente heterogéneos entre os Estados-Membros.

Em primeiro lugar, a principal diferença entre os Estados-Membros reside no objeto dos mecanismos de tutela coletiva. Todos os Estados-Membros consagram mecanismos de tutela coletiva inibitória, no que diz respeito às matérias de direito dos consumidores que se inserem no âmbito da «Diretiva das Ações Inibitórias».⁸ Diferentemente, no que tange aos mecanismos de tutela coletiva reparatória, estes ainda não encontram consagração em todos os Estados-Membros, privando milhares de consumidores do ressarcimento por danos sofridos.⁹

Em segundo lugar, em alguns Estados-Membros, as ações coletivas circunscrevem-se a um domínio setorial específico, designadamente, o direito do consumidor. Enquanto que, em outros Estados-Membros o âmbito das ações coletivas é

⁷ JO L 201/60, 26.7.2013.

⁸ *Cfr.*, Artigos 1.º e 2.º e Anexo I da «Diretiva das Ações Inibitórias» (JO L 110/30 de 1.5.2009).

⁹ Relativamente ao ordenamento jurídico português, a ação popular pode ter como finalidade a cessação ou a prevenção da violação dos interesses legalmente protegidos, *maxime* no domínio do direito dos consumidores, assim como, a reparação dos danos sofridos pelos lesados em virtude daquela violação, o que significa que a ação popular pode prosseguir uma finalidade inibitória e/ou reparatória (*Cfr.*, leitura articulada entre o artigo 52.º, n.º 3 da CRP, os artigos 1.º, n.º 1, 22.º e 23.º da LAP e o artigo 10.º, n.º 1 da LDC).

Sobre o âmbito objetivo da ação popular portuguesa, veja-se, designadamente, TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lex, 2003, pp. 149 a 175, LEBRE DE FREITAS, José, *A ação popular ao serviço do ambiente*, in *LUSÍADA, Rev. C.C.*, Série de Direito, n.º Especial, 1996, p. 237; OTERO, Paulo, *A Ação Popular: configuração e valor no actual Direito português*, in *Sep. Rev. O.A.*, ano 59, 1999, pp. 877 e 878.

mais amplo, quer porque se alarga a diversos setores (v.g., consumo, concorrência, ambiente, saúde, ...), quer porque é transversal a todos os domínios.¹⁰

Em terceiro lugar, a conformação procedimental dos vários mecanismos de tutela coletiva existentes apresenta diferenças significativas, nomeadamente, ao nível da legitimidade para o exercício das ações coletivas e à determinação do grupo de consumidores lesados cujos interesses serão defendidos numa concreta ação coletiva.¹¹

O cenário da tutela coletiva na União Europeia mostra-se assim como uma verdadeira «manta de retalhos», cenário que entorpece a eficiência e a suficiência dos mecanismos existentes para dar resposta às «situações de dano em larga escala», em particular, de alcance transfronteiriço, impedindo não só uma aplicação eficaz das normas de proteção dos consumidores como também, e sobretudo, a obtenção pela massa de consumidores lesados de uma compensação pelos danos sofridos, como vieram evidenciar os recentes casos de violação massiva de direitos dos consumidores – v.g., o caso *Dieseldgate*, o caso *Ryanair* ou o caso *Facebook – Cambridge Analytica*.

Neste quadro, a Comissão retomou os esforços para incrementar a efetividade da proteção dos direitos dos consumidores. Em 2018, a “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu” anunciou o «Novo Acordo para os Consumidores»¹² que se traduz num pacote legislativo que tem como escopo, *grosso modo*, alcançar um justo equilíbrio entre a proteção dos consumidores e a segurança jurídica de que as empresas necessitam para operar no mercado, em prol de um mercado único e equitativo para os consumidores e para as empresas.

O «Novo Acordo para os Consumidores» teve como objetivo, designadamente, prover melhores oportunidades de reparação para os consumidores e para a consecução

¹⁰ Em relação aos bens jurídicos tutelados pela ação popular portuguesa, sem prejuízo da tutela de outros bens jurídicos atento o carácter meramente exemplificativo do elenco previsto no artigo 52.º, n.º 3, alínea a) da CRP e do artigo 1.º, n.º 2 da LAP, podem ser protegidos através de uma ação popular a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a proteção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público.

A ação popular portuguesa qualifica-se, por ser assim, como um instrumento de âmbito horizontal, ao qual se opõem os instrumentos de âmbito vertical ou setorial, como veremos com um maior desenvolvimento no ponto 4, do Capítulo I da presente Dissertação.

¹¹ Estes aspetos processuais específicos serão desenvolvidos no Capítulo II da presente Dissertação, onde explanaremos, por um lado, os vários modelos de atribuição de legitimidade processual ativa para a propositura de ações coletivas e, por outro lado, os vários modelos de formação do grupo de lesados cujos interesses podem ser defendidos numa concreta ação coletiva. A apresentação destes modelos será acompanhada da referência aos ordenamentos jurídicos onde são experimentados, assim como, de uma abordagem ao nível das opções político-legislativas das instâncias europeias.

¹² COM(2018) 183 final, 11.4.2018.

do qual o Parlamento Europeu e o Conselho apresentaram uma «Proposta de Diretiva relativa a ações coletivas para proteger os interesses coletivos dos consumidores» que vem revogar a Diretiva 2009/22/CE (adiante, «Proposta de Diretiva»).

Congratulamos vivamente o novo enfoque desta iniciativa europeia, porquanto, não se limita a consagrar as ações coletivas de cessação como também – e aqui reside a verdadeira novidade – as ações coletivas de reparação, permitindo aos consumidores lesados a reivindicação coletiva dos danos sofridos em virtude de práticas ilícitas praticadas por comerciantes em todo o território europeu. Assim, do mesmo modo que a «Diretiva das Ações Inibitórias» generalizou as ações coletivas inibitórias ou de cessação, a «Proposta de Diretiva» propõe-se a generalizar as ações coletivas de reparação.

O artigo 5.º da «Proposta de Diretiva» estabelece que as entidades qualificadas devem poder intentar as ações coletivas perante um tribunal e especifica os diferentes tipos de medidas que podem ser solicitadas através daquelas ações em função das circunstâncias do caso concreto.¹³

As entidades qualificadas podem solicitar, através das ações coletivas, medidas inibitórias ou medidas de reparação.¹⁴

As medidas inibitórias têm como fim a cessação ou a proibição de uma determinada prática e podem ser solicitadas a título cautelar ou a título definitivo. As medidas inibitórias cautelares visam pôr termo a uma prática ou proibir a mesma quando não tenha ainda sido concretizada e essa concretização esteja iminente, ao passo que, as medidas inibitórias definitivas visam o reconhecimento de que uma dada prática constitui uma infração e, se for caso disso, ponha termo a essa prática ou a proíba, quando não tenha ainda sido concretizada mas a sua concretização esteja iminente.¹⁵

As medidas de reparação são medidas destinadas a eliminar os efeitos persistentes das infrações e podem consistir, em concreto, em uma das seguintes medidas: indemnização, arranjo, substituição, redução do preço, rescisão de contrato ou reembolso do preço pago.¹⁶

As medidas inibitórias e as medidas de reparação podem, consoante as circunstâncias do caso concreto, ser solicitadas conjuntamente numa única ação coletiva ou em ações coletivas separadas.

¹³ Artigo 5.º, n.º 1 da «Proposta de Diretiva».

¹⁴ Artigo 5.º, n.º 2 da «Proposta de Diretiva».

¹⁵ Artigo 5.ºa, n.º 1 da «Proposta de Diretiva».

¹⁶ Artigo 5.ºb, n.º 1 da «Proposta de Diretiva».

Assim, as entidades qualificadas poderão solicitar, de forma conjunta, numa única ação coletiva, as medidas destinadas a eliminar os efeitos persistentes da infração e qualquer uma das medidas inibitórias. Sendo que, tal poderá suceder de forma originária ou superveniente, ou seja, as entidades qualificadas poderão solicitar as medidas inibitórias e de reparação pertinentes no momento de propositura da ação ou solicitar, em primeiro, uma medida inibitória pertinente e, posteriormente, e caso o pedido proceda, uma medida de reparação.

A «Proposta de Diretiva» constitui a grande novidade da União Europeia em matéria de regulação das ações coletivas por, finalmente, estabelecer e se propor a generalizar no espaço europeu as ações coletivas com uma finalidade reparatória e, em particular, ressarcitória.

A temática da tutela coletiva ressarcitória reveste-se da maior atualidade e assume uma enorme relevância prática, constituindo um desafio para os juristas contemporâneos e para os legisladores nacionais dos Estados-Membros, fatores que tornam imprescindível o desenvolvimento do seu estudo e justificam o presente laboro.

Tendo como ponto de partida as ações coletivas com uma finalidade ressarcitória, o presente estudo procura discutir algumas questões processuais suscitadas pela tutela jurisdicional coletiva, tomando em consideração os contributos do direito nacional e comparado, a experiência de vários ordenamentos jurídicos e os comandos emanados da ordem jurídica europeia.

O estudo das ações coletivas ressarcitórias reclama uma análise prévia acerca da tipologia de interesses que visam tutelar, assim como dos fundamentos que subjazem à tutela de tais interesses por via coletiva. Em substância, principiar-se-á pela análise do âmbito objetivo das ações coletivas ressarcitórias e das principais funções que as mesmas desempenham, sobretudo, quando cotejadas com as ações individuais, a que se seguirá uma abordagem acerca do âmbito material das ações coletivas ressarcitórias, ou seja, dos bens jurídicos tuteláveis através de tais ações.

Posteriormente, serão examinados alguns aspetos problemáticos atinentes à conformação procedimental dos mecanismos de tutela coletiva ressarcitória. Em especial, o problema da legitimidade processual ativa e o problema da constituição do grupo de lesados cujos interesses podem ser defendidos numa concreta ação coletiva ressarcitória.

CAPÍTULO I – A TUTELA COLETIVA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

1. Âmbito objetivo da tutela coletiva: das ações coletivas *stricto sensu* ao exercício coletivo de ações individuais homogêneas

Como se procurou salientar nos prolegómenos da nossa dissertação, as controvérsias jurídicas de massa constituem um fenómeno em crescente expansão no contexto europeu, em virtude, nomeadamente, da economia moderna, da rápida evolução dos mercados, das estratégias inerentes às práticas comerciais ou dos velozes avanços tecnológicos, o que impõe à função jurisdicional a necessidade de lidar com uma nova e complexa realidade: a resolução de litígios que têm como objeto litígios de massa.

O ambiente jurídico europeu está, pois, animado por uma nova tendência – a litigiosidade massiva -, como resultado do aumento significativo das infrações aos direitos reconhecidos aos cidadãos pelo direito da União Europeia por parte dos profissionais, as quais atingem milhares ou até milhões de cidadãos domiciliados em diferentes países da União Europeia.

Ora, a *praxis* tem evidenciado que quando uma pluralidade de cidadãos são lesados por uma mesma infração, as ações judiciais individuais podem não constituir um meio eficaz para a obtenção de uma compensação, sobretudo, se estiverem em causa danos individuais de pequena expressão económica, vislumbrando-se na tutela coletiva, nomeadamente, pelo efeito de economia de escala que gera, um meio viável de litigância nestas situações.

Reconhece-se, assim, a tutela coletiva como um instrumento jurisdicional hábil a garantir a efetividade da reparação dos danos emergentes da lesão de interesses individuais de massa.

Em substância, a problemática atual das ações coletivas incide no seu reconhecimento como uma técnica adequada e eficaz de reparação jurisdicional em caso de danos em massa.

Por ser assim, antes de se proceder à análise de aspetos processuais específicos atinentes às ações coletivas, resulta oportuno tratar de um problema elementar ou de base relativo às ações coletivas: a delimitação do seu objeto.¹⁷

Para determinar, com clareza e rigor, é necessário reconhecer a bivalência objetiva das ações coletivas, distinguindo as ações coletivas para a tutela dos interesses de natureza coletiva e as ações coletivas para a tutela dos interesses individuais homogêneos.

Por ser assim, com maior rigor e precisão, MARTÍN PASTOR e LÓPEZ SÁNCHEZ alertam para a necessidade de destrinçar o exercício de ações coletivas propriamente ditas que têm como objeto interesses de natureza coletiva e o exercício coletivo de ações individuais conexas ou homogêneas, cujo objeto reside nos interesses individuais homogêneos, tratando-se em bom rigor de uma coletivização de ações e interesses individuais.¹⁸

As ações coletivas para a tutela de interesses de natureza coletiva têm, por excelência, uma finalidade inibitória. Assim é, porque através da imposição da cessação ou da proibição de uma determinada conduta, como é desígnio das ações coletivas inibitórias, é possível tutelar simultaneamente todos os titulares daqueles interesses. Por seu turno, a finalidade ressarcitória corresponde à teleologia das ações que visam a

¹⁷ Esta análise é essencial, desde logo, para advertir para a falta de clareza e rigor terminológico e a confusão entre os designados interesses de natureza coletiva (interesses difusos e interesses coletivos) e os interesses individuais homogêneos presentes em várias legislações. Se o objetivo primacial das ações coletivas é a maximização do acesso à justiça é, desde logo, imperativo que os respetivos comandos legislativos consagrem de forma clara qual é o objeto destas ações, por forma a impedir o surgimento de dúvidas interpretativas e a facilitar-se a compreensão e o acesso aos meios de tutela coletiva.

A LAP constitui um exemplo notório da falta de clareza na delimitação do objeto da ação popular. A LAP não distingue expressamente os vários tipos de interesses que constituem o objeto da ação popular. Porém, no seu artigo 22.º, n.ºs 2 e 3, por um lado, alude aos titulares dos interesses não individualmente identificados e aos titulares dos interesses identificados e, por outro lado, refere-se à modalidade de fixação do montante indemnizatório, determinando a fixação de um montante global para os primeiros e a fixação da indemnização nos termos gerais da responsabilidade civil para os segundos.

Ora, estas referências legais correspondem, no fundo, ao reconhecimento da existência de vários tipos de interesses em função, por um lado, da respetiva titularidade mais ou menos determinada e, por outro lado, da respetiva indivisibilidade ou divisibilidade quanto ao objeto, podendo afirmar-se que a distinção entre os vários tipos de interesses – interesses de natureza coletiva (difusos e coletivos) e de natureza individual (interesses individuais homogêneos) – subjaz à LAP.

Com o mesmo entendimento, veja-se por todos, GRINOVER, Ada Pellegrini, *A ação popular portuguesa: uma análise comparativa*, in *RPDC*, n.º 5, 1996, p. 9; PAZ, Margarida, *Entre as Bases da Política do Ambiente e a Acção Popular: a legitimidade do Ministério Público na defesa dos interesses difusos*, in *RMP*, n.º 152, Out.- Dez. 2017, p. 38.

¹⁸ Cfr., MARTÍN PASTOR, José, *Las técnicas de reparación judicial colectiva em el proceso civil. De las incipientes acciones colectivas a la tradicional acumulación de acciones*, tirant to blach, Valencia, 2019, p. 44; LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Um processo sin interessados. Colectivización de la tutela: «opt-out» y procesos modelo*, in *Las Transformaciones del Proceso Civil*, HERRERO PEREZAGUA, Juan F., et. al., (dir.), Thomson Reuters: Aranzadi, 2016, p. 127.

proteção de interesses individuais homogêneos, porquanto, se trata de reparar os danos sofridos por cada um dos seus titulares.¹⁹

Pese embora, ambas as ações possam ser exercidas conjunta ou sucessivamente, estamos perante duas técnicas de tutela jurisdicional distintas e autónomas, com objetos e finalidades igualmente distintas e que, por decorrência, são (ou podem ser) merecedoras de um tratamento processual diferenciado por forma a respeitarem-se as respetivas idiosincrasias e a cumprirem-se as finalidades que visam lograr.

Por conseguinte, para um entendimento cabal do fenómeno das ações coletivas e a conformação adequada e eficaz de um mecanismo tutela coletiva é fulcral a observância destas dissemelhanças, desvelando-se categórica a delimitação da figuras dos interesses individuais homogêneos, enquanto objeto da tutela judicial coletiva com uma finalidade ressarcitória, e a sua autonomização face aos interesses de natureza coletiva (interesses difusos e interesses coletivos) objeto das ações coletivas inibitórias.

Os interesses difusos são, do ponto de vista subjetivo, transindividuais, e, do ponto de vista objetivo, são indivisíveis.²⁰

Por um lado, os seus titulares não estão individualmente determinados, pois os interesses tutelados na ação concreta não pertencem a indivíduos determinados ou determináveis, mas antes à sociedade como um todo ou a um determinado grupo, categoria ou classe de sujeitos que se encontram ligados entre si por meras circunstâncias de facto e cuja composição é meramente ocasional.²¹

Daí que se apresentem como interesses indivisíveis, pois os bens que constituem o seu objeto são titulados por uma pluralidade indiferenciada de sujeitos, sendo insuscetíveis de apropriação individual por qualquer deles, podendo apenas ser fruídos de forma concorrente e não exclusiva pela pluralidade de sujeitos que os titulam, do mesmo modo que a sua lesão afeta invariavelmente todos os titulares do interesse.²²

¹⁹ Em sentido próximo, LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Um processo sin interesados (...)*, op. cit., loc. cit., p. 127; MONTESINOS GARCÍA, Ana, *Las acciones colectivas en el marco de un arbitraje*, tirant to blach, Valencia, 2019, pp. 18 e 20.

²⁰ PAZ, Margarida, op. cit., pág. 39; MARTÍN PASTOR, José, *Las técnicas de reparación judicial colectiva (...)*, op. cit., p. 43; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Acciones colectivas: pretensiones y legitimación*, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, et. al., (coord.), Marcial Pons, 2018, p. 25; SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, Thomson Reuters: ARANZADI, 2018, p. 46; MONTESINOS GARCÍA, Ana, *Las acciones colectivas (...)*, op. cit., p. 17.

²¹ PAZ, Margarida, op. cit., pág. 39; LEBRE DE FREITAS, José, *Introdução ao Processo Civil*, 4.ª edição, GestLegal, 2017, p. 106; GRINOVER, Ada Pelegrini, *A ação popular portuguesa (...)*, op. cit., loc. cit., p. 9.

²² SANTOS SILVA, F. Nicolau, *Os interesses supra-individuais e a legitimidade processual activa*, Quid Iuris, 2002, p. 56; PAZ, Margarida, op. cit., pp. 39 e 40;

Os interesses coletivos são, à semelhança dos interesses difusos, transindividuais e indivisíveis, distinguindo-se destes em virtude da existência de um prévio vínculo jurídico entre os titulares do interesse ou entre cada um deles e a parte contrária. Nos segundos, não existe qualquer vínculo jurídico prévio entre os titulares do interesse difuso, decorrendo a relação que existe entre os sujeitos de meras circunstâncias de facto, pelo que, os sujeitos não estão previamente determinados. Diferentemente, nos primeiros existe uma relação jurídica prévia entre os titulares do interesse entre si (v.g., através de um vínculo associativo) ou entre estes e a parte contrária (v.g., mediante um vínculo laboral), sendo indivíduos tendencialmente determináveis.²³

Caraterizados pela transindividualidade e pela indivisibilidade do objeto, os interesses difusos e coletivos representam uma específica e autónoma categoria de direito material.²⁴

A autonomização de uma nova categoria de direito material impôs ao sistema jurídico a estruturação de um esquema processual que garantisse a sua tutela adequada e, como tal, ao lado de um modelo processual de cariz individualista germinou um modelo processual coletivo, delineado para atender às especificidades que predicam os interesses difusos e coletivos.²⁵

Diferentemente, quando falamos em interesses individuais homogéneos não nos referimos a uma nova categoria de direito material, pois, em bom rigor, os interesses individuais homogéneos assumem a natureza de direitos subjetivos individuais, nos moldes em que estes são tradicionalmente compreendidos.²⁶

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, in *RePro*, ano 25, n.º 97, 2000, pp. 11 e 12; ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo Coletivo, Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*, 5ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 34 a 37; ARENHART, Sérgio Cruz, *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogéneos*, 2.ª edição revista, atualizada e ampliada, Thomson Reuters, 2014, p. 47; ALMEIDA, António, *A ação popular e a lesão de bens ambientais*, in *LUSÍADA, Rev. C.C.*, n.ºs 1 e 2, 2002, p. 371.

²⁴ Sobre a natureza jurídica dos interesses difusos e dos interesses coletivos, *vide* por todos, SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, pp. 48 a 58.

²⁵ Assinalando que o surgimento dos interesses difusos e coletivos desafiou a dogmática tradicional e obrigou a adaptar as categorias clássicas e a construir novas em ordem a assegurar a tutela desta tipologia de interesses, *vide*, ARMENTA DEU, Teresa, *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, 2013, p. 30.

²⁶ Em sentido contrário, TEIXEIRA DE SOUSA, referência no estudo da tutela coletiva dos interesses difusos, apresenta uma construção peculiar da categoria dos interesses difusos.

O Autor entende que o que releva é a análise unitária dos interesses difusos, mediante o reconhecimento da sua dimensão simultaneamente supra-individual e individual. No fundo, estamos perante uma mesma realidade – os interesses difusos *lato sensu* –, que pode ser observada por dois prismas distintos: quando observados pelo prisma supra-individual, os interesses difusos *lato sensu* correspondem aos interesses difusos *stricto sensu* e aos interesses coletivos, por sua vez, quando perspetivados pelo prisma individual correspondem aos interesses individuais homogéneos.

Os interesses individuais homogêneos constituem interesses subjetivamente individuais, sendo titulados por sujeitos individuais determinados, e objetivamente divisíveis, porquanto, o seu objeto se atomiza em bens individuais pertencentes a indivíduos determinados e, conseqüentemente, suscetíveis de ser gozados e lesados de forma individualizada e diferenciada.²⁷

Os interesses individuais homogêneos são, em essência, direitos subjetivos individuais plurais, porquanto, pertencem individualmente a cada um dos sujeitos lesados pelo facto danoso controvertido, derivando a necessidade ou a utilidade da respetiva tutela coletiva deriva da circunstância de o mesmo ou idêntico facto ilícito ter causado danos, de um modo homogêneo, a uma pluralidade de outros indivíduos.

Como tal, e como assertivamente afirma GUTIÉRREZ DE CABIEDES os interesses individuais homogêneos consubstanciam-se em direitos subjetivos individuais plurais, homogêneos no seu conteúdo e conexos.²⁸

Relativamente à natureza jurídica desta tipologia dos interesses individuais homogêneos, um segmento minoritário da doutrina perfila que tais interesses representam uma categoria autónoma de direito material e uma corrente minoritária – a que nos somamos – defende que os interesses individuais homogêneos são uma categoria de direito processual.

Os interesse difusos *stricto sensu* têm um carácter necessariamente supraindividual, na medida em que, pertencem a uma pluralidade de sujeitos membros de uma determinada classe ou grupo, os quais beneficiam de um único bem público para satisfazem as suas necessidades de forma concorrente e não exclusiva. Ora, por pertencerem a todos os membros de uma determinada classe ou grupo, por maioria de razão, pertencem a cada um deles, justificando-se a sua dupla dimensão supraindividual e individual.

Os interesses coletivos são apenas acidentalmente supraindividuais, porque embora constituam interesses individuais de uma pluralidade de sujeitos, que têm como objeto bens privados, circunstâncias acidentais marcadas um por elemento comum justificam a organização ou agregação dos titulares.

Os interesses individuais homogêneos são individuais, porquanto representam a concretização dos interesses difusos *stricto sensu* ou dos interesses coletivos na esfera jurídica de cada um dos seus titulares, e apresentam uma dimensão supraindividual, precisamente porque pertencem a todos os titulares daquelas categorias de interesses. Por ser assim, os interesses individuais homogêneos não são algo de diferente dos interesses difusos e dos interesses coletivos.

Para um maior desenvolvimento, *vide*, TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *A Legitimidade Popular (...)*, *op. cit.*, pp. 43 a 58. Ainda, seguindo esta corrente, veja-se, PAZ, Margarida, *op. cit.*, pp. 36 a 43; ALVES, João, *Ação popular: manifesta improcedência do pedido – parecer do Ministério Público*, in *RMP*, n.º 140, Out.-Dez. 2010, p. 141.

²⁷ CAPONI, Remo, *Tutela collettiva: interessi proteti e modelli processuale*, in *RDC*, n.º 16, 2009, p. 139; GRINOVER, Ada Pellegrini, *Significado social (...)*, *op. cit.*, p. 12; ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, pp. 34 a 37; SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, p. 62.

²⁸ Assim são qualificados por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Acciones colectivas: pretensiones (...)*, *op. cit.*, pp. 24 e 25.

Os interesses individuais homogêneos são, do ponto de vista substancial, verdadeiros direitos subjetivos individuais que, pelas suas características, são merecedores de uma tutela coletiva.²⁹

Os direitos individuais pertencentes a cada um dos consumidores lesados convolam-se em interesses individuais homogêneos no momento em que é proposta uma ação coletiva para a tutela dos interesses de todos os lesados pelo facto danoso controvertido.

Por ser assim, a categoria dos interesses individuais homogêneos corresponde à soma da pluralidade dos direitos subjetivos individuais lesados, que na ação coletiva são tratados de forma unitária ou molecular.³⁰

Contudo, a proteção unitária da pluralidade dos direitos individuais só é possível *post factum* danoso, o mesmo é dizer, a categoria dos interesses individuais homogêneos só se autonomiza como tal com a prática do facto danoso.

Por conseguinte, não é possível uma tutela *a priori* ou preventiva dos interesses individuais homogêneos, como sucede em relação aos interesses de natureza coletiva. A proteção dos interesses individuais homogêneos é concretizável somente num momento posterior à prática do facto danoso, consolidando-se, como tal, como uma tutela de índole reparatória.

Como enunciado *supra*, os interesses individuais homogêneos têm como objetos bens jurídicos divisíveis e que, por isso, são bens cuja lesão é suscetível de produzir danos individualizados, pelo que, cada um dos consumidores cujos direitos subjetivos foram lesados podiam procurar a defesa jurisdicional dos seus direitos por via de uma ação individual.

Suscita-se, a ser assim, a questão de saber quais são os pressupostos para a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos ou, *rectius*, para a coletivização de uma soma ou conjunto de pretensões individuais.

A necessidade de oferecer uma proteção unitária ou um tratamento processual molecular ou coletivizado nos casos de danos em massa, não deriva da natureza

²⁹ COROMINAS BACH, Sergi, *La necesaria tutela colectiva de las afectaciones plurales a los intereses de los consumidores y usuarios*, in RDB, Vol. 18, n.º 7, 2017, p. 440; ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, p. 35; ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit.*, p. 141; PAZ, Margarida, *op. cit.*, p. 43.

³⁰ SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, p. 63; GIDI, Antonio, *Derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*, in *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, GIDI, Antonio, *et. al.*, (coord.), Porrúa, 2003, p. 35.

indivisível dos bens jurídicos lesados, porque os bens jurídicos objeto de tutela são – como se evidenciou – bens divisíveis.

Em tais casos, a resolução dos litígios de massa através de uma ação coletiva tem como finalidade única e exclusiva facilitar a proteção da pluralidade dos direitos subjetivos lesados, em virtude da sua origem comum, da sua homogeneidade e do elevado número de lesados.³¹

Estes fatores – a origem comum, a homogeneidade e o elevado número de lesados – são os pressupostos a considerar para aferir se a ação coletiva surge como o mecanismo de tutela jurisdicional mais adequado para a defesa e proteção de um conjunto de posições substantivas individuais lesadas por um facto danoso ou, o mesmo é dizer, são os pressupostos para o exercício coletivo de um conjunto de pretensões individuais.

Os direitos subjetivos individuais com uma origem comum traduzem-se em situações jurídicas individualizadas que emergem da prática por um determinado sujeito de uma conduta ilícita que lesa uma pluralidade de bens individuais e que, por conseguinte, afeta uma pluralidade de direitos subjetivos titulados exclusivamente por certos sujeitos individuais.³²

Para aferir da observância deste critério é necessário analisar se as ações individuais que, em todo o caso, poderiam ser intentadas para a defesa de cada um dos direitos individuais lesados teriam uma causa de pedir próxima ou semelhante.³³ Quer dizer, é necessário avaliar se haveria em cada uma das ações individuais semelhança do ato ou do facto jurídico concreto donde emergiriam os direitos que os consumidores lesados, na posição processual de autores, invocariam e pretenderiam fazer valer individualmente em juízo.

Importa, conquanto, esclarecer que para que se afirme a origem comum dos direitos subjetivos individuais não é necessária a existência de um único facto danoso do qual emirja a globalidade dos direitos lesados, pois o facto que dá causa aos danos pode encontrar-se disperso no tempo e no espaço.³⁴

³¹ CHIARELLA, Maria Luisa, *Overview of Class Actions: Italian Consumer Law and Cross-Border Litigation*, in *ATL*, Vol. 4, Issue 2, 2018, p. 167; SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, p. 63.

³² GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, CAVIEDES Hidalgo de, *La tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, ARANZADI Editorial, Navarra, 1999, p. 111; CAPONI, Remo, *Tutela collettiva (...)* *op. cit.*, p. 139.

³³ SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, p. 66.

³⁴ Defendendo que a origem dos danos sofridos não tem de ser unívoca em relação a todos os consumidores lesados, *vide*, SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit. loc. cit.*, p. 66; WATANABE, K., *Acciones colectivas: cuidados necessários para la correcta fijación del objeto*

Intimamente ligado com o critério da origem comum é o critério da homogeneidade.³⁵

Aferida a origem comum dos direitos subjetivos individuais é necessário avaliar da existência do pressuposto da homogeneidade, isto é, é necessário que as situações jurídicas individualizadas que partilham de uma origem comum sejam materialmente idênticas, apenas podendo existir entre elas, a ser o caso, especificidades juridicamente irrelevantes e que dispensem a análise casuística das circunstâncias fácticas.³⁶

Só desta forma é que a aplicação do mecanismo de tutela coletiva se torna possível, permitindo um tratamento processual indiferenciado e a resolução do litígio através de uma decisão única.

Não obstante, não basta que os direitos subjetivos tenham uma origem comum e que sejam materialmente semelhantes para que possam ser defendidos por meio de uma ação coletiva. É, ademais, condição necessária que o número de consumidores lesados seja de tal modo elevado que torne inviável a resolução das controvérsias jurídicas através de ações individuais, designadamente, mediante o litisconsórcio.³⁷

Pelo exposto, sempre se dirá que no caso de danos de massa, a origem comum dos danos e a homogeneidade dos interesses individuais lesados gera uma relação de vinculação entre os consumidores lesados.

Assim, a par de LÓPEZ SÁNCHEZ, concluímos que esta circunstância justifica a coletivização da tutela da pluralidade dos interesses individuais ou dos direitos subjetivos individuais, não em virtude do carácter coletivo dos interesses em causa como sucede quando estão em jogo interesses de natureza coletiva, mas em razão da comunidade ou convergência de interesses que se sobrepõe ao conjunto dos interesses ou direitos subjetivos individuais como resultado da origem comum e da semelhança desses interesses ou direitos subjetivos individuais.³⁸

Por ser assim, e como já tivemos ocasião de aludir, no caso de danos em massa constitutivos ou causa genética dos interesses individuais homogêneos, não cabe falar de

litigioso del proceso, in La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica, GIDI, Antonio, et. al., (coord.), Porrúa, 2003, p. 9.

³⁵ De tal forma que, não raras vezes, são tidos como um só critério. Assim é entendido por GIDI, Antonio, *Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, in La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, GIDI, Antonio, et. al., (coord.), Porrúa, 2003, pp. 36 e 37.

³⁶ SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, op. cit., p. 67; ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p. 34; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., loc. cit., p. 47.

³⁷ SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, op. cit. loc. cit., p. 67.

³⁸ Cfr., LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Um processo sin interessados (...)*, op. cit., p. 127.

ações coletivas, mas rigorosamente de coletivização de ações e interesses individuais, sem prejuízo de este fenómeno ser enquadrável numa categoria ampla ou *latu sensu* de formas de tutela coletiva.³⁹

2. Interesses individuais homogêneos suscetíveis de coletivização: *small claims* e *large claims*

Uma vez demarcados os pressupostos que se têm de se observar para que se admita a defesa dos direitos individuais emergentes de danos de massa através de ações coletivas, torna-se pertinente interrogar se todos os interesses individuais homogêneos podem ser objeto de tutela coletiva ou se, ao invés, é necessário distinguir esta categoria de interesses em função da quantidade ou dimensão dos danos sofridos pelos consumidores para efeitos do tratamento processual coletivizado.

Por um lado, podiam distinguir-se os interesses individuais homogêneos nascidos de danos de pequeno montante e, por outro lado, os derivados de danos maior valor aos quais haverá de corresponder um montante indemnizatório significativo.⁴⁰ Ou, por outras palavras, pode distinguir-se a tutela dos interesses individuais homogêneos por meios de ações coletivas consoante estejamos perante *small claims* ou *large claims*, respetivamente.

Em substância, interroga-se se ambas as situações enunciadas, sendo embora constitutivas ou causa genética dos interesses individuais homogêneos, devem ser passíveis de ser defendidas por meio de ações coletivas.

Nos casos em que os interesses individuais homogêneos nascem de danos de pequeno montante – *small claims* –, e como melhor se demonstrará *infra*, as ações coletivas podem constituir o único instrumento eficaz para os consumidores obterem a compensação pelos danos sofridos, como também para dissuadir os profissionais da prática de condutas ilícitas e lesivas, pois estamos perante casos em que a tutela individual tende a revelar-se inviável.

³⁹ Não obstante ser este o nosso entendimento, convém esclarecer que no presente trabalho (por forma a facilitar o discurso) empregamos os termos “ação coletiva” e “tutela coletiva” na sua aceção ampla ou *latu sensu*, de modo a englobar todos os casos em que um facto danoso afeta uma pluralidade de consumidores, ou seja, tanto quando falamos de interesses de natureza coletiva, como quando falamos de interesses individuais homogêneos. Grosso modo, os termos “ação coletiva” e “tutela coletiva” serão tidos como opostos aos termos “ação individual” e “tutela individual”.

⁴⁰ *Cfr.*, SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, pp. 68 e 69.

Assim é porque, ainda que, em tais casos, cada um dos consumidores possa propor uma ação individual para defender o seu direito subjetivo e obter uma reparação pelos danos que sofreu, a tendência mais comum é a inércia ou apatia dos consumidores, pois os custos inerentes ao processo judicial facilmente excedem o montante expectável da indemnização.

Como tal, os consumidores lesados em virtude das condutas abusivas por partes dos profissionais materializadas em prejuízos de pequena dimensão muito raramente perseguem judicialmente os seus direitos.

Esta circunstância repercute-se na impunidade dos profissionais lesantes e no estímulo para a perpetuação dos comportamentos ilícitos, com os quais aqueles arrecadam manifestos benefícios económicos.⁴¹

Por seu turno, nos casos em que os interesses individuais homogéneos resultam de danos de elevado valor – *large claims* – ainda que as ações coletivas não sejam indispensáveis, no sentido de constituírem o único mecanismo de tutela jurisdicional viável e adequado – pois, os danos individuais assumem um valor suficiente para que os consumidores se predisponham a suportar os custos do processo judicial para a defesa dos seus direitos individuais –, assumem-se como um mecanismo mais célere e eficaz.⁴²

Assim, conquanto com base em motivações diferentes, ambas as situações – *small claims* e *large claims* – devem poder ser tuteladas através de ações coletivas, o que ademais é demonstrativo da amplitude de funções que a tutela jurisdicional coletiva acomoda.⁴³

⁴¹ DONZELLI, Romolo, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Jovene Editore, 2011, pp. 21 e 22; POLI, Roberto, *Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*, in *RDP*, Anno LXVII, n.º 1, 2012, p. 39.

⁴² GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela Judicial de los Consumidores y Transacciones Colectivas*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 144.

⁴³ Apesar de sustentarmos que todos os interesses individuais homogéneos, independentemente do valor dos danos reclamados, podem ser jurisdicionalmente defendidos por meio de ações coletivas, não podemos deixar de esclarecer que não deve dispensar-se um tratamento processual diferenciado em função do valor dos danos, designadamente (e como analisaremos adiante) no momento de selecionar o sistema mais adequado de composição do grupo vinculado à *res iudicata* do processo coletivo (sistema de *opt-out* e/ou sistema de *opt-in*).

3. Funções principais da coletivização dos interesses individuais homogêneos

3.1. A coletivização de interesses individuais como meio de facilitar o acesso à justiça

3.1.1. A relação custos-benefícios

Como já tivemos ocasião de referir, a coletivização dos interesses individuais homogêneos para efeitos de tutela jurisdicional não é imposta pela natureza dos direitos em jogo, como sucede quando estão em causa interesses difusos e coletivos, antes constituindo uma ficção destinada a facilitar a defesa em juízo de uma pluralidade de direitos subjetivos que emergiram da prática de um mesmo facto danoso e que se mostram materialmente semelhantes.

A defesa destes interesses por meio de ações coletivas não se prende com razões de direito material, mas tão só com razões estritamente instrumentais, não estando vedada a proteção jurisdicional destes interesses, de forma isolada, por cada um dos consumidores.

Não obstante, o modelo tradicional de tutela individual estruturado para dirimir litígios entre dois sujeitos individuais, conquanto seja possível, não constitui um modelo proficiente para a solução desta tipologia de controvérsias cujas reivindicações congregam uma pluralidade de pretensões subjetivas individuais homogêneas.⁴⁴

A existência de ações individuais não é suficiente para assegurar um elevado nível de proteção dos direitos dos consumidores, sobretudo, e como sucede nos casos mais frequentes, quando os danos sofridos pelos consumidores são irrisórios.

A *praxis* tem evidenciado que quando os danos de massa revestem uma pequena expressão económica, tende a assistir-se por parte dos consumidores prejudicados a um fenómeno de apatia racional, isto é, os consumidores tendem a abster-se de recorrer individualmente à justiça, com vista à obtenção da reparação dos danos que sofreram, mesmo que a probabilidade de procedência da ação seja considerável.

Decerto, do ponto de vista da sociedade como um todo, seria benéfico que todos os consumidores lesados recorressem à justiça para fazer valer os seus direitos e obter o

⁴⁴ MAGGIO, Ida Carlo, *Recenti sviluppi della tutela collettiva nel diritto processuale europeo*, in RDP, n.º 4-5, Anno LXXII, Luglio-Ottobre 2017, p. 1237; SOUSA, Miguel Teixeira de, *A legitimidade (...)*, op. cit., p. 85; NOGUÉS, Elena Guixé, *Acciones colectivas em defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios: problemas de competencia*, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, et. al. (coord.), Marcial Pons, 2018, p. 175.

ressarcimento pelos prejuízos que sofreram. Porém, este benefício social dificilmente se mostra compatível com a eficiência económica do litígio.⁴⁵

A decisão de propor uma ação perante um tribunal é sempre precedida de uma análise de custo-benefício, mediante a qual os lesados procedem a um juízo comparativo entre os custos e os benefícios esperados do processo.

Considerando o elevado valor dos custos inerentes a um processo judicial e o previsível montante da indemnização a perceber, não raras vezes, particularmente quando as reivindicações são de pequeno valor, inexistente uma relação custo-benefício que torne o litígio economicamente viável e estimule os consumidores lesados a recorrer à via individual de tutela jurisdicional.⁴⁶

Ora, importa assegurar que os consumidores com reivindicações pequenas, mas legítimas, recebam uma indemnização pelos danos que sofreram em virtude de uma prática comercial ilícita.

Não é justo que os consumidores suportem as consequências das condutas ilícitas dos profissionais, nem tão pouco é equitativo que sejam privados de aceder aos tribunais apenas porque os danos que sofreram são demasiado pequenos para tornar viável o litígio.

Se os consumidores não dispõem de meios eficazes de reparação, particularmente quando os danos que sofreram hajam sido causados por infrações praticadas por empresas com grande visibilidade no mercado, muitos consumidores perderiam a confiança no sistema judicial.⁴⁷

A confiança dos consumidores no sistema judicial só pode conservar-se se estes dispuserem de meios eficazes de reparação para todas as reivindicações, independentemente da sua dimensão e valor, e não apenas para aquelas que revistam um valor suficientemente elevado.

Do mesmo modo, se os consumidores não têm ao seu dispor meios de reparação eficientes e eficazes para defender as suas reivindicações, a sua confiança no mercado é

⁴⁵ Cfr., DORIAT- DUBAN, Myriam; FERREY, Samuel e HARNAY, Sophie, *The economics of Class Actions: Fundamental Issues and New Trends*, in *Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva, et. al. (ed.), BIICL, 2015, p. 31.

⁴⁶ DORIAT-DUBAN, Myriam, FERREY; Samuel e HARNAY, Sophie, *op. cit.*, pp. 32 e 34; WARDHAUGH, Bruce, *Bogeymen, lunatics and fanatics: collective actions and private enforcement of European competition law*, in *LG*, Vol. 34, n.º1, 2014, p. 4; WAYE, Vicki e MORABITO, Vince, *Collective forms of consumer redress: financial ombudsman service case study*, in *JCLS*, Vol. 12, I, 2012, p. 1.

⁴⁷ Cfr., BUSCHKIN, Ilana, *The Viability of Class Action Lawsuits in a Globalized Economy – Permitting Foreign Claimants to be Members of Class Action Lawsuits in the U.S. Federal Courts*, in *CLR*, Vol. 90, Issue 6, 2005, pp. 1584 e 1585.

igualmente afetada, porque aqueles não vêm assegurada a possibilidade de recuperar judicialmente os seus prejuízos na hipótese de serem prejudicados por infrações dos comerciantes.

Como tal, é indispensável afastar os obstáculos à litigância e garantir que os consumidores dispõem de mecanismos sólidos, eficientes e eficazes para fazer valer os seus direitos e obter a reparação adequada pelos prejuízos eventualmente sofridos.

Neste contexto, as ações coletivas ressarcitórias surgem como o remédio potencial para suprir os desincentivos económicos que os consumidores enfrentam no âmbito das ações individuais, proporcionando um método eficiente para litigar pequenas reivindicações.⁴⁸

O principal objetivo das ações coletivas é, portanto, tornar economicamente viável o acesso à justiça, tornando racional a litigância de controvérsias que de outra forma não seriam judicializadas em virtude dos custos elevados do contencioso e do pequeno valor dos danos individualmente sofridos pelos consumidores.⁴⁹

As ações coletivas são capazes de contornar a discrepância custos-benefícios, tornando o litígio economicamente racional, nomeadamente, em virtude da economia de escala que proporcionam.

Do ponto de vista do consumidor individual, a relação custo-benefício das ações coletivas é maior relativamente aos benefícios líquidos de uma ação individual.

Assim é, porquanto, os custos do processo judicial são menores no caso de ações coletivas do que no caso de ações individuais isoladamente propostas por cada um dos consumidores lesados, porquanto aqueles custos são compartilhados por um elevado número de lesados.⁵⁰

⁴⁸ Merece um particular registo o regime especial de preparos e custos consagrado no artigo 20.º, n.ºs 1, 2 e 3 da LAP, porquanto, estabelece que pelo exercício do direito de ação popular não são exigíveis preparos e isenta o autor do pagamento de custas em caso de procedência parcial do pedido ou, em caso de improcedência total do pedido, determina a sua condenação em montante a fixar pelo julgado entre um décimo e metade das custas que normalmente seriam devidas, tomando em consideração a sua situação económica e a razão formal ou substantiva da improcedência.

Ademais, em conformidade com o artigo 11.º, n.º 1 da LDC, a ação inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor, está isenta de custas.

⁴⁹ NAGY, Csongor István, *Collective Actions in Europe. A Comparative, Economic and Transsystemic Analysis*, SpringerOpen, 2019, p. 16; HODGES, Christopher, *Collective Actions, in The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, CANE, Peter, et. al. (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 711; GIUSSANI, Andrea, *Modello extraeuropei di tutela collettiva risarcitoria, in Le azioni collettive in Italia*, BELLI, C., et. al. (ed.), Giuffrè, Milano, 2008, pp. 73 e 74.

⁵⁰ VAN DER BERGH, Roger e VISSCHER, Loius, *The preventive function of collective actions for damages in consumer law, in ERL*, Vol. 1, Issue 2, 2008, p. 18; NAGY, Csongor István, *Collective Actions in Europe (...)*, op.cit., p.14; PATO, Alexia, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress*, Hart Publishing, 2019, p. 14.

Esta partilha de custos proporciona uma maior economia de escala o que se reflete numa maior disponibilidade de recursos financeiros para, designadamente, aceder a meios probatórios ou obter melhor aconselhamento jurídico.⁵¹

Por conseguinte, à medida que os custos da ação diminuem, aumenta a probabilidade de ganho da causa, de tal modo que, o benefício líquido esperado é claramente maior do que nas ações individuais, minorando-se o problema da apatia racional.⁵²

Não obstante, além dos elevados custos do processo judicial, a apatia racional dos consumidores advém também do pequeno valor dos danos reivindicados.

Nas ações individuais é considerado o dano individual, ou seja, o dano sofrido por cada um dos consumidores lesados. Estando em causa uma *small claim* o montante do dano é tendencialmente pequeno e, por conseguinte, será pequeno o montante da indemnização expectável a perceber pelos consumidores lesados.

Ora, atendendo a que os custos do contencioso são elevados e o montante da indemnização expectável é pequeno, espera-se um balanço negativo entre os custos e os benefícios esperados do processo, tornando o litígio economicamente inviável e irracional a propositura de ação individual pelos consumidores lesados.

Diferentemente, nas ações coletivas são considerados os danos coletivos, *rectius*, a soma dos danos sofridos pelos consumidores individuais. A consideração conjunta dos danos sofridos pela pluralidade dos consumidores permite que o montante dos danos ascenda a um valor significativo expectando-se, por conseguinte, um montante indemnizatório total consideravelmente maior.⁵³

Por ser assim, e considerando que os custos do processo são menores em virtude da respetiva partilha entre todos consumidores vinculados à ação coletiva, é expectável que os custos do processo sejam inferiores ao montante da indemnização a receber pelos consumidores lesados, tornando o litígio racional do ponto de vista microeconómico.

⁵¹ Salientando a economia de escala proporcionada pelos “cost-sharing effects”, BARKER, George e FREYENS, Benoît Piere, *The Economics of the European Commission’s Recommendation on Collective Redress*, in *Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva, et. al. (ed.), BIICL, London, 2015, p. 15; DORIAT- DUBAN, Myriam; FERREY, Samuel e HARNAY, op. cit., p. 34; NAGY, Csongor István, *Collective Actions in Europe (...)*, op.cit., pp. 14 e 15; PARDOSELI, Paolo e PARDOSELI, Roberto, *La (azione di) classe non è acqua*, in *Il Foro It.*, Anno CXLIV, n.º 9, 2019, p. 326.

⁵² Ver por todos, VAN DER BERGH, Roger e VISSCHER, Loius, op. cit., p. 19.

⁵³ ALEXANDER, Janet Cooper, *An introduction to class action in the United States*, disponível em <https://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf> (último acesso em 23 de Março de 2020), p. 2; HODGES, Christopher, *Collective Redress in Europe: The New Model*, in *CJQ*, Vol. 2020, n.º 7, 2010, p. 2.

Por ser assim, a proteção coletiva de direitos individuais possibilita aos consumidores lesados a obtenção de uma indemnização, a qual não teria sido individualmente requerida por cada um dos lesados por se considerarem injustificáveis os custos de cada processo em relação ao montante indemnizatório esperado, constituindo um meio de facilitação de acesso à justiça.

Estes benefícios da coletivização de reivindicações individuais são potencializados nos casos em que o instrumento de tutela coletiva atribui legitimidade para agir a associações, entidades *ad hoc* ou órgãos públicos, porquanto, os custos do processo não serão suportados pelos consumidores lesados, mas integralmente por aquelas entidades, de tal modo, que aqueles são somente beneficiários do resultado do processo sem que hajam de compartilhar nos respetivos custos.

3.1.2. A distribuição do risco

Todo e qualquer litígio tem intrínseco o risco de improcedência da ação. Quer o risco seja maior, quer o risco seja menor, o risco é uma variável constante em todo e qualquer litígio.

Por ser assim, o demandante deve estar sempre ciente de que existe o risco de perder a ação e que, nesse caso, além de não recuperar os próprios custos com o processo, terá de reembolsar o demandado das despesas em que ele incorreu, porquanto vigora nos países de *civil law* o princípio do perdedor pagador.

Nas ações individuais o risco de perda da causa e os consequentes custos correm e monopolizam-se no consumidor individual. Pelo que, e sobretudo nas hipóteses de *small claims* em virtude da tendencial relação negativa entre os custos e os benefícios esperados do processo, o mais pequeno risco de improcedência da ação e o receio de suportar os custos da perda da causa, são suscetíveis de demover o consumidor individual de recorrer ao tribunal.⁵⁴

Se os consumidores individuais coletivizarem as suas reivindicações partilharão os custos relativos à perda da causa e, ainda que os custos nas ações coletivas sejam superiores ao respetivos custos nas ações individuais, por certo, serão inferiores aos custos de todas as reivindicações individuais.

⁵⁴ NAGY, Csongor István, *Collective Actions in Europe (...)*, *op.cit.*, p. 13.

Nas ações coletivas opera-se, assim, uma distribuição do risco e uma partilha dos custos relativos à perda da causa, de tal forma que cada um dos consumidores individuais que esteja vinculado à ação coletiva suportará apenas uma quantia praticamente insignificante em caso de improcedência da ação.⁵⁵

E isto nos casos em que o mecanismo de tutela coletiva atribua legitimidade para agir a um consumidor individual enquanto titular do interesse lesado. Por seu turno, nos casos em que as ações coletivas são propostas por associações, entidades *ad hoc* ou órgãos públicos, os custos do processo não são diretamente suportados pelos lesados, mas integralmente por aquelas entidades, vislumbrando-se, desta forma, potencializadas as vantagens da ação coletiva na maximização do acesso à justiça.

3.2. A relevância social da coletivização de interesses individuais

Nos litígios de massa de pequena dimensão os profissionais e os consumidores individuais encontram-se numa posição de desigualdade. Por um lado, a prática de condutas ilícitas pelos profissionais proporciona-lhes benefícios económicos globais elevados e, por outro lado, os benefícios económicos que os consumidores individuais poderão esperar de uma ação individual é demasiado pequeno para justificar os custos que teria de suportar com essa ação.

Daí que, a maioria dos consumidores não persigam judicialmente os seus direitos em caso de perdas irrisórias o que se repercute na impunidade do profissional lesante e constitui um incentivo para a perpetuação das condutas comerciais ilícitas.⁵⁶

Mesmo que do prisma individual os danos se mostrem irrisórios, a soma da totalidade dos prejuízos sofridos pelos consumidores pode alcançar um valor significativo, a que corresponde o elevado benefício económico global que o profissional lesante retira da lesão pluriofensiva.

Pelo exposto, sempre se dirá que a inflicção de pequenos prejuízos a uma pluralidade de consumidores torna a infração uma circunstância de grande relevo social, tornando premente a necessidade de judicializar tais reivindicações. Se não fosse a tutela

⁵⁵ VAN DER BERGH, Roger e VISSCHER, Loius, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁶ SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, pp. 71 e 72; DONZELLI, Romolo, *L'azione di classe (...)*, *op. cit.*, pp. 21 e 22.

coletiva, tais reivindicações nunca seriam levadas a juízo e o profissional lesante permaneceria impune e a enriquecer-se indevidamente à custa dos consumidores.⁵⁷

Além disso, sustenta-se que, nestes casos, as ações coletivas exercem um forte efeito de dissuasão contra a perpetuação das condutas comerciais ilícitas.⁵⁸

Se o potencial lesante tiver consciência de que provocando um pequeno prejuízo a cada consumidor individual é diminuta a probabilidade de se ver confrontado com uma pluralidade de demandas individuais para a reivindicação de ressarcimento pelos danos sofridos, ele tenderá a perpetuar a prática de comerciais ilícitas aproveitando-se das vantagens económicas que deles resultam.

Porém, já assim não será se o potencial lesante souber que os consumidores dispõem de um mecanismo eficiente e eficaz de reclamação de danos, ainda que estes revistam um valor insignificante. E que, no mais, a moléculização da pluralidade de danos que causou serão reivindicados globalmente, o que resulta num montante indemnizatório mais elevado que haverá de pagar aos consumidores lesados.

3.3. A coletivização dos interesses individuais homogêneos como garante da igualdade e da segurança e certeza jurídica

A proteção coletiva de direitos individuais desempenha uma terceira função: a garantia da igualdade e da segurança e certeza jurídica.

A solução *case by case litigation* para a resolução litígios de massa redundaria na multiplicação de processos atinentes a direitos individuais com uma mesma causa genética e materialmente idênticos, o que poderia culminar na prolação de decisões judiciais distintas, no tempo e no espaço, relativamente a uma mesma situação litigiosa.

As ações coletivas ao permitirem o tratamento unitário de múltiplos litígios substancialmente homogêneos num único processo do qual resultará uma decisão única e homogênea para todos os titulares dos interesses defendidos no pleito presta-se favorável ao princípio da igualdade.⁵⁹

⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo, *op. cit., loc. cit.*, p. 75; ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit.*, p. 132; SOUSA, Miguel Teixeira de, *op. cit.*, p. 94.

⁵⁸ SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, p. 72; DONZELLI, Romolo, *L'azione di classe (...)*, *op. cit.*, p. 22; SOUSA, Miguel Teixeira de, *op. cit.*, pp. 93 e 94; PATO, Alexia, *Jurisdiction (...)*, *op. cit.*, 2019, p. 16.

⁵⁹ GIORGETTI, Alessandro e VALLEFUOCO, Valerio, *Il contenzioso di massa in Italia, Europa e nel mondo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 63; DORIAT- DUBAN, Myriam; FERREY, Samuel e

Por sua vez, o tratamento uniforme de situações subjetivas individuais materialmente homogêneas reflete-se na uniformização jurisprudencial acerca de determinado tipo de situação litigiosa o que, além de preservar o princípio da igualdade, gera um efeito de certeza e segurança jurídica, favorecendo a ordenação dos comportamentos da sociedade.⁶⁰

3.4. Coletivização de interesses individuais como meio de racionalizar a administração da justiça

A tutela coletiva de direitos individuais desempenha, ainda, uma importante função em favor da boa administração do aparelho judiciário e da boa prestação dos serviços de justiça: uma função de racionalização da atividade jurisdicional.

Em primeiro, ainda que a complexidade do processo coletivo implique um maior dispêndio de tempo para a apreciação do litígio, o mesmo é contrabalançado pelo tempo que os tribunais não despendem na apreciação de cada ação individual que poderia ser proposta por cada um dos consumidores lesados. Como tal, a coletivização de ações individuais permite a otimização do tempo da prestação jurisdicional.⁶¹

Em segundo, ao invés do recurso à tutela individual para a resolução de litígios de massa, com a consequente multiplicação de processos com vista à defesa de direitos nascidos de mesma conduta ilícita e danosa e materialmente semelhantes, a tutela coletiva ao possibilitar solucionar num único processo um grande número de litígios apresenta-se como um mecanismo de tutela jurisdicional afetuoso do princípio da economia processual.⁶²

Em terceiro, as ações coletivas ao evitarem a necessidade de prolação de decisões judiciais para situações controvertidas idênticas permitem a redução do número de ações a serem apreciadas pelos tribunais e contribuem para o

HARNAY, Sophie, *op. cit.*, p. 33; BARKER, George e FREYENS, Benoît Piere, *op. cit.*, p. 10; ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo, *op. cit.*, p. 77; SOUSA, Miguel Teixeira de, *op. cit.*, p. 105.

⁶⁰ ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo, *op. cit.*, p. 77; ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit.*, pp. 49 e 133.

⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo, *op. cit. loc. cit.*, p. 77.

⁶² PASTOR, José Martín, *Las técnicas de reparación judicial colectiva (...)*, *op. cit.*, 2019, p. 51; ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo, *op. cit.*, p. 78; ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit.*, pág. 134.

descongestionamento da máquina judiciária, o que pode resultar em vantagens indiretas para os litigantes que se beneficiam de serviços judiciais de melhor qualidade.⁶³

Por fim, a coletivização de ações individuais proporciona benefícios do ponto de vista da eficiência económica para a administração da justiça.

Se partirmos da premissa de que uma ação coletiva substitui uma pluralidade de ações individuais propostas por uma pluralidade dos lesados pela mesma prática ilícita, somos conduzimos a concluir que a tutela coletiva proporciona uma economicidade de recursos que de outra forma seriam alocados para o custeio de uma multiplicidade de litígios, porventura, já solucionados.⁶⁴

Por outro lado, os recursos jurisdicionais economizados poderão ser alocados para a solução de outras controvérsias que não podem ser dirimidas em sede de tutela coletiva.⁶⁵

4. Entre a setorialidade e a horizontalidade da coletivização de ações individuais

4.1. *Status evolutionis* no panorama jurídico europeu

A arquitetura do processo coletivo na União Europeia é marcada por feições dissimétricas. As dissimetrias dos vários ordenamentos jurídicos são acompanhadas e influenciadas pelas oscilantes opções políticas europeias, nomeadamente, no que tange ao âmbito normativo dos instrumentos de tutela coletiva.

O âmbito material de aplicação é um aspeto fundamental da estruturação de um mecanismo de tutela coletiva. A sua delimitação, além de representar uma opção política, importa efeitos práticos e processuais relevantes, porquanto, prescreverá as situações jurídicas substantivas suscetíveis de proteção e os sujeitos que se poderão fazer valer desta via de proteção jurisdicional, ditará a maior ou a menor abrangência do mecanismo e, em última linha, poderá determinar a inserção sistemática deste.

A questão do âmbito normativo ou material de aplicação do instrumento de tutela coletiva tem sido, nos últimos anos, fonte de dissenso entre os *scholars* e os *stakeholders*,

⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo, *op. cit. loc. cit.*, p. 77; DORIAT- DUBAN, Myriam; FERREY, Samuel e HARNAY, Sophie, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁴ BARKER, George e FREYENS, Benoît Piere, *op. cit.*, p. 15; DORIAT- DUBAN, Myriam; FERREY, Samuel e HARNAY, Sophie, *op. cit., loc. cit.*, p. 34; PATO, Alexia, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo, *op. cit., loc. cit.*, p. 77.

assim como, tem seguido rumos oscilantes em sede de política normativa europeia, *inter alia*:

– Em 2005, a Comissão adotou um livro verde sobre ações de indemnização por infração das regras *antitrust* estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do TFUE;⁶⁶

– Em 2007, em virtude do escasso impacto do livro verde na efetividade do direito ao ressarcimento pelos danos sofridos em virtude da violação de normas *antitrust*, o Parlamento Europeu apresentou uma Resolução⁶⁷ na qual solicitou à Comissão a elaboração de um livro branco que integrasse propostas detalhadas, com a finalidade de facilitar a propositura de ações de indemnização no domínio *antitrust*, o qual foi adotado pela Comissão em 2008;⁶⁸

– Em 2008, a Comissão publicou um livro verde sobre a tutela coletiva dos consumidores;⁶⁹

– Em 2009, o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram a Diretiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009 relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores que é uma codificação da Diretiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 1998 relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, cujo objeto consiste na proteção dos interesses dos consumidores incluídos num conjunto de diretivas enumeradas no anexo I da mesma Diretiva;⁷⁰

– Em 2012, o Parlamento Europeu adotou a Resolução «Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva», em que apelou a que as propostas sobre tutela coletiva assumissem a forma de um quadro jurídico horizontal que incluísse um conjunto de princípios comuns e contemplasse, específica mas não exclusivamente, as violações dos direitos dos consumidores;⁷¹

– Em 2013, a Comissão apresentou a «Recomendação 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», propugnando que estes princípios comuns básicos devem ser aplicados horizontalmente e de igual modo, particularmente, nos domínios da proteção dos

⁶⁶ COM(2005) 672 final, 19.12.2005.

⁶⁷ 2006/2207(INI), 25.4.2007.

⁶⁸ COM(2008) 165, 2.4.2008.

⁶⁹ COM(2008) 794 final, 27.11.2008.

⁷⁰ JO L 110/30, 1.5.2009.

⁷¹ 2011/2089(INI), 2.2.2012.

consumidores, da concorrência, da proteção do ambiente, da proteção dos dados pessoais, da legislação relativa aos serviços financeiros e da proteção dos investidores, assim como noutros em que as ações coletivas, inibitórias ou ressarcitórias, relativamente a violações dos direitos concedidos pelo direito da União se justifiquem;⁷²

– Em 2018, a “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu” anunciou «Um Novo Acordo para os Consumidores»⁷³ que teve como objetivo, designadamente, prover melhores oportunidades de reparação para os consumidores e para a consecução do qual o Parlamento Europeu e o Conselho apresentaram uma «Proposta de Diretiva relativa a ações coletivas para proteger os interesses coletivos dos consumidores», que vem revogar a Diretiva 2009/22/CE.

Do exposto, sempre se haverá de concluir que o mecanismo de tutela coletiva ressarcitória europeia ora foi delineado como um instrumento de tutela horizontal ou geral, implicando a criação de regras comuns aplicáveis a quaisquer ações coletivas que visem o ressarcimento de danos causados pela violação de quaisquer normas do Direito da União Europeia, ora como um instrumento de tutela vertical ou setorial, sendo perspetivado como um veículo hábil para o ressarcimento de determinadas pessoas que aleguem ter sido lesadas pela violação de específicas normas jurídicas europeias.

Com a «Proposta de Diretiva» a rota do processo coletivo europeu assenta numa conceção setorial, projetando-se como um instrumento que tem como finalidade a proteção específica dos interesses dos consumidores lesados por uma infração perpetrada por um profissional.

Não obstante, a evolução do mercado interno e a dinamicidade e heterogeneidade que pautam as relações que se estabelecem entre os profissionais e os consumidores (relações *Business to Consumer* ou relações B2C) não permitem analisar o direito e a política dos consumidores de forma solipsista, assistindo-se a uma mudança de paradigma que os torna um domínio de crescente transversalidade a outros domínios e setores económicos da União Europeia.

Por ser assim, o êxito do instrumento de tutela coletiva ressarcitória está depende da abrangência do seu âmbito material de aplicação. As ações coletivas deverão constituir um meio processual hábil a responder satisfatoriamente às reivindicações dos consumidores confrontados com condutas lesivas dos profissionais, as quais podem

⁷² JO L 201/60, 26.7.2013

⁷³ COM(2018) 183 final, 11.4.2018.

consistir na violação de uma vasta e diversificada panóplia de normas do direito da União Europeia com pertinência para a proteção dos interesses dos consumidores.

Como tal, o mecanismo de tutela coletiva deve incluir no seu núcleo de proteção uma ampla diversidade de domínios que colimem com os interesses dos consumidores, como sejam o ambiente, os serviços financeiros, a proteção de dados pessoais, a saúde⁷⁴, as viagens e o turismo, a energia, as telecomunicações.⁷⁵

4.2. O retorno à setorialidade da tutela coletiva ressarcitória

Não obstante a «Proposta de Diretiva» instar os Estados-Membros à adoção de um mecanismo de tutela jurisdicional vocacionada para a proteção dos interesses dos consumidores, a volubilidade que tem marcado as posições da União Europeia em torno desta matéria suscita a necessidade de questionar se o retorno à tutela setorial – ou seja, à configuração das ações coletivas como meio de proteção específica dos interesses dos consumidores – é um caminho acertado ou se, ao invés, constitui um retrocesso para a proteção dos direitos dos cidadãos europeus ou uma defeituosa decisão político-legislativa.

A opção por uma abordagem setorial ou por uma abordagem horizontal implica a apreciação de diversos fatores que sobrepesam nas considerações dos Estados-Membros, dos cidadãos e das empresas.

A adoção de um quadro processual composto por princípios comuns aplicáveis a uma ação coletiva em consequência da violação de qualquer norma do direito da União

⁷⁴ Merece especial referência o estudo de VALE E REIS sobre, *inter alia*, a proteção de direitos individuais atinentes ao setor da saúde através da ação popular portuguesa (*vide*, VALE E REIS, Rafael, *Collective Redress and Health Care Law: The Specific Characteristics of Group Compensation under Portuguese Law, in Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva, *et. al. (ed.)*, BIICL, 2015, pp. 385 a 396)

⁷⁵ O legislador europeu foi sensível a esta realidade, pelo que, no artigo 2.º, n.º 1 da «Proposta de Diretiva» especifica que esta se aplica às ações coletivas propostas contra a violação por profissionais dos atos legislativos da União Europeia elencados no anexo I da «Proposta de Diretiva» que lese ou seja suscetível de lesar os interesses dos consumidores.

Do Anexo I da «Proposta de Diretiva» constam cinquenta e nove atos legislativos da União Europeia que incidem sobre uma larga diversidade de setores e contêm disposições normativas específicas destinadas a regulamentar as relações B2C tendo, portanto, pertinência para a proteção dos interesses dos consumidores.

Apesar da sua vastidão, este elenco é meramente exemplificativo. Ciente da galopante evolução do direito da União Europeia, o legislador europeu explicitou que aquele anexo deverá ser alterado sempre que for adotado um novo ato legislativo da União pertinente para a proteção dos interesses dos consumidores, de molde a introduzi-lo no seu âmbito de aplicação (*vide*, considerando (6) da «Proposta de Diretiva»).

Europeia, *rectius*, a adoção de um quadro processual assente numa abordagem horizontal, tem como objetivo a coordenação e a coerência das políticas da União Europeia no domínio da tutela coletiva, aproximando o direito processual dos Estados-Membros em matéria de tutela coletiva reparatória e tem como efeito o aumento da aplicação da ação coletiva de reparação.⁷⁶

A mobilização de um esquema processual único de tutela coletiva reparatória para dar resposta a todo o tipo de reivindicações, independentemente do âmbito de relevância material em que se enquadra a concreta situação litigiosa, torna a ação coletiva um mecanismo de aplicação para todas as situações jurídicas subjetivas e à livre disposição de todos os titulares de interesses individuais homogêneos alegadamente lesados.

Assim, na ótica deste esquema, a ação coletiva é percecionada como uma ação geral, bastando, do ponto de vista objetivo, a alegação da violação de um interesse individual homogêneo e, do ponto de vista subjetivo, a titularidade do interesse individual homogêneo. É, portanto, suficiente ser-se titular de um interesse individual homogêneo alegadamente lesado para beneficiar do tratamento coletivo, sendo irrelevante a qualificação material do direito ou interesse concretamente violado.⁷⁷

Estando as ações coletivas configuradas como um instrumento de alcance horizontal ou geral, naturalmente, é mais provável que um maior número de ações coletivas ressarcitórias sejam intentadas em tribunal.⁷⁸

Diferentemente, optando-se por um mecanismo de tutela coletiva reparatória de âmbito setorial, especificamente cingido à proteção dos interesses individuais homogêneos dos consumidores, a aplicação da ação coletiva reparatória circunscreve-se a um perímetro mais restrito de situações jurídicas tuteláveis. Por conseguinte, a menor abrangência do âmbito de aplicação material do instrumento reflete-se numa menor aplicação prática da reparação coletiva.⁷⁹

⁷⁶ PERARO, Cinzia, *Cross-border Collective Redress and the Jurisdictional Regime: Horizontal vs Sectoral Approach*, in *Papers di Diritto Europeo*, n.º 2, Centro di documentazione europea, Università degli Studi di Verona, 2010, p. 20; SAHIN, Eda, *Collective Redress and EU Competition Law*, Routledge, 2019, p. 44.

⁷⁷ AMADEI, Davide, *Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile*, in *LNLCC*, n.º 5, Anno XLII, 2019, p. 1050; PONZANELLI, Giulio, *La nuova class action*, in *DR*, n.º 3, Anno XXIV, 2019, p. 307.

⁷⁸ Com a mesma observação, *vide*, HENSLER, Deborah R., *From Sea to Shining Sea: How and Why Class Actions are Spreading Globally?*, in *Kansas Law Review*, Vol. 65, Issue 5, 2017, p. 971.

⁷⁹ *Ibidem*.

O estreito âmbito de aplicação das ações coletivas é um dos pontos críticos do mecanismo de tutela coletiva da União Europeia, sendo apontado como um dos fatores que condiciona o seu integral aproveitamento e justifica o escasso recurso aos tribunais.⁸⁰

Por ser assim, parece-nos claro que o objetivo do legislador europeu ao pretender alargar o campo de aplicação das ações coletivas a todo o tipo de situações jurídicas, foi tornar este instrumento um instrumento de aplicação mais ampla.

Acreditou-se que somente um instrumento de tutela coletiva ressarcitória mais amplo é capaz de superar as barreiras que têm condicionado a operatividade e a eficácia das ações coletivas ressarcitórias na sua precedente modelação cingida à proteção dos interesses dos consumidores, incrementando a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos dos reconhecidos pela União Europeia.

Note-se que, apesar de poder constituir um elemento indiciário, o êxito de um mecanismo processual não está necessariamente subordinado à frequência da sua utilização, antes se relacionando com a possibilidade de os interessados dele retirarem benefícios reais, dele se podendo fazer valer para a obtenção de uma solução adequada, eficaz e justa para o litígio.

Se não podemos duvidar da maior aplicação da reparação coletiva proporcionada pela consagração de um mecanismo processual estruturado para dar cobro a todas as situações jurídicas litigiosas em que hajam sido lesados interesses individuais homogêneos, já nos parece duvidosa a bondade de um instrumento processual assente numa abordagem horizontal para conferir uma proteção proficiente a todos os tipos de reivindicações.⁸¹

A natureza específica de cada área jurídico-dogmática pode não ser compaginável com uma ação coletiva reparatória de “tamanho único”. As peculiaridades de cada área do direito podem reclamar regras processuais distintas, de tal modo que, um instrumento processual que consagre regras comuns aplicáveis a todo e qualquer tipo de reivindicações pode revelar-se inábil para atender às necessidades específicas de cada área do direito.⁸²

⁸⁰ Vide por todos, TULIBACKA, Magdalena, *Collective Consumer ADR in the European Union, in Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva, et. al. (ed.), BIICL, 2015, p. 417.

⁸¹ Reconhecendo a inevitabilidade da consagração de algumas regras setoriais específicas para satisfazer as necessidades de diferentes áreas de reparação, mas defendendo que o rumo adequado passa pela mudança progressiva e proporcional para um sistema de reparação coletiva horizontal, vide, RAJA, Mira, LOMAS, Paul, *A Lawyer's Perspective, in Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva, et. al. (ed.), BIICL, 2015, p. 75.

⁸² No mesmo sentido, PERARO, Cinzia, *op. cit.*, pp. 25 e 28; SAHIN, Eda, *op. cit.*, pp. 54 e 55.

O mesmo é dizer, é questionável se uma abordagem horizontal, mesmo que útil por estabelecer princípios mínimos semelhantes, é desejável por ser capaz de enfeixar as idiosincrasias de cada uma das áreas do direito, almejando o equilíbrio necessário para que, não obstante tais idiosincrasias a sugerir considerações distintas, a configuração uniforme do mecanismo de tutela coletiva reparatória se revele idónea para responder adequada, eficiente e eficazmente às necessidades de cada uma das situações jurídicas subjetivas.⁸³

Ademais, as iniciativas da União Europeia que propugnam pela consagração de um quadro jurídico horizontal mediante a integração de princípios comuns nos sistemas jurídicos nacionais reiteram que um mecanismo com esta abordagem é necessário para conferir coerência e coordenação às políticas da União Europeia nos diversos domínios em que a tutela coletiva se mostre um mecanismo processual relevante, ao mesmo tempo que assumem como princípio orientador da estruturação de um tal mecanismo o respeito pela cultura e tradição jurídicas dos Estados-Membros.

Sem prejuízo de tais propósitos serem válidos e desejáveis, os mesmos padecem, a nosso ver, de uma certa incongruência ou, pelo menos, de uma acentuada dificuldade de concretização atenta a disformidade da realidade europeia. Senão, vejamos.

Por um lado, a articulação entre o respeito pela tradição e a cultura jurídicas dos diversos Estados-Membros e a integração dos princípios comuns em todos os ordenamentos jurídicos propicia a flexibilização daqueles princípios mediante a consagração de determinadas exceções ou salvaguardas que se mostrem consonantes com as respetivas tradições e culturas jurídicas dos Estados-Membros, propulsionando o que se pretende evitar – as dissimetrias entre os instrumentos de tutela jurisdicional coletiva

⁸³ Dando conta desta dificuldade, o Parlamento Europeu na sua Resolução «Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva» conquanto apele à consagração de um “quadro horizontal juridicamente vinculativo”, salvaguarda que as questões processuais “devem aplicar-se a todas as ações coletivas, em geral, independentemente do setor visado, ao passo que um número limitado de normas no âmbito da defesa do consumidor e do direito da concorrência, (...), pode ser estabelecido, por exemplo, em artigos ou capítulos separados do próprio instrumento horizontal ou em instrumentos jurídicos separados paralelamente ou na sequência da adoção do instrumento horizontal” (*vide*, 2011/2089(INI), ponto 17).

Porém, não cremos que tal solução seja plausível. Por um lado, as especificidades de cada um dos setores a requerer normas distintas para diversos aspetos processuais podem redundar na necessidade de consagrar um número significativo de normas especiais, o que poderá comprometer a clareza e a coerência do diploma. E, por outro lado, a possibilidade de estabelecer um regime autónomo para cada uma das áreas do direito em instrumentos jurídicos separados não deixa de gerar perplexidades, porquanto, poderá conduzir a uma fragmentação do direito processual nacional em matéria de reparação coletiva e gerar dificuldades interpretativas, complicando a atividade dos tribunais.

nacionais – e contrariando o fim que explicitamente ostentam – a coerência entre o direito processual dos Estados-Membros em matéria de tutela coletiva.⁸⁴

Por outro lado, conquanto a consagração de princípios comuns surja abstratamente como uma solução ideal – na medida em que todos os Estados-Membros disporiam de um instrumento processual de tutela coletiva com as mesmas regras e igualmente aplicável a todos os setores económicos da União Europeia, com o que se uniformaria o direito processual e as legislações nacionais dos Estados-Membros em matéria de tutela coletiva reparatória e, por conseguinte, suprir-se-iam as barreiras processuais que condicionam a operatividade das ações coletivas transfronteiriças –, a verdade é que, de um ponto de vista prático, não se compreende como é que se pretende conciliar este propósito com a necessidade de respeitar a cultura e tradição jurídicas dos Estados-Membros.

A maioria dos Estados-Membros que dispõe de mecanismos processuais de tutela coletiva adota uma abordagem setorial, concebendo-os com o objetivo de proteção de direitos relativos a áreas jurídicas específicas, sobretudo, no domínio da defesa do consumidor.⁸⁵

Este cenário não se alterou após a Recomendação da Comissão que, não obstante, ter servido “de referência para definir os princípios de um modelo europeu de tutela coletiva”⁸⁶, assumiu um escasso impacto para as reformas legislativas nos diversos Estados-Membros:⁸⁷ após a Recomendação apenas dois Estados-Membros introduziram originariamente mecanismos de tutela coletiva (Bélgica⁸⁸ e Lituânia) e apenas cinco

⁸⁴ No mesmo sentido, PERARO, Cinzia, *op. cit.*, p. 22; BIARD, Alexandre, *Collective Redress in the EU: A Rainbow Behind the Clouds?*, in *ERA Forum*, 2018, p. 30.

⁸⁵ Assim é porque, por um lado, as precedentes intervenções normativas europeias assentaram nestes domínios e, por outro lado, porque estes dois domínios são atmosferas propícias para a ocorrência de danos de massa.

No mesmo sentido, VOET, Stefaan, ‘Where the wild things are’, *reflections on the state and future of european collective redress in Waves*, in *Contract and Liability Law in Three Decades of Ius Commune*, KEIRSE, Anne L.M., *et. al. (ed.)*, Intersentia, 2017, p. 23; COROMINAS BACH, Sergi, *La financiación de las acciones colectivas en la Unión Europea: un análisis crítico a partir de la experiencia comparada*, in *Acciones colectivas (Cuestiones actuales y perspectivas de future)*, DEU, Teresa Armenta, *et. al. (coord.)*, Marcial Pons, 2018, p. 304.

⁸⁶ COM(2018) 184 final, 11.4.2018, p. 24.

⁸⁷ Referindo a limitada influência prática da Recomendação da Comissão de 2013, *vide*, HODGES, Christopher, *Collective Redress: The Need for New Technologies*, in *Journal of Consumer Policy*, Vol. 42, Issue 1, 2019, p. 62; PERARO, Cinzia, *op. cit.*, pp. 21 e 22; SAHIN, Eda, *op. cit.*, p. 49.

⁸⁸ A *Loi* 2014-03-28/05 introduziu no CDE a *action en réparation collective*.

Nos termos do artigo XVII.36 1º do CDE, a ação coletiva visa reparar o dano coletivo decorrente da violação pela empresa de uma das suas obrigações contratuais ou de um dos regulamentos ou leis europeias elencadas no artigo XVII.37 do CDE. Os diplomas elencados no artigo XVII.37 CDE são diplomas relacionados, direta ou indiretamente, com a proteção do consumidor e devem ser mobilizados para fundamentar uma ação coletiva apenas quando sejam pertinentes para a proteção do consumidor. Em

Estados-Membros procederam a alterações legislativas nos mecanismos processuais de tutela coletiva já existentes (França⁸⁹, Reino Unido, Itália⁹⁰, a Holanda e a Alemanha), sendo que, à exceção da Itália que optou por consagrar um instrumento processual de tutela coletiva de alcance horizontal, os Estados-Membros optaram por limitar o âmbito material de aplicação dos mecanismos processuais de tutela coletiva a determinados domínios jurídicos.

suma, *action en réparation collective* assenta numa abordagem setorial, projetando-se para a tutela dos direitos e interesses dos consumidores.

Sobre o âmbito de aplicação material da *action en réparation collective*, vide, VOET, Stefaan, *Belgium's New Consumer Class Action, in Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mouses?*, HARSAGI, V., et. al. (ed.), Antwerp, Intersentia, 2014, pp. 95 e 96; NOWAK, Janek Tomasz, *The New Belgian Law on Consumer Collective Redress and Compliance with EU Law Requirements, in Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva, et. al. (ed.), BIICL, 2015, em particular, pp. 180 a 182; BOULARBAH, Hakim, VAN DEN BOSSCHE, Maria-Clara, *Belgium, in TCALR*, SWALLOW, Richard, et. al. (ed.), Law Business Research, 2017, pp. 23 e 24.

⁸⁹ Em 2014, a França adotou um mecanismo de *action de groupe* assente numa abordagem setorial. Apesar de este instrumento ter sido inicialmente concebido para ter aplicação nos domínios do direito do consumidor e do direito da concorrência, rapidamente se estendeu a outros domínios. Veja-se:

- a *Loi n.º 2014-344 relative à la consommation* (também conhecida como *Loi Hammon*) introduziu as *actions de groupe* nos domínios do direito do consumidor e do direito da concorrência, cuja regulamentação se encontra nos artigos L. 623-1 e seguintes e R.623-1 e seguintes do C. Con. e nos artigos L. 623-24 e seguintes e R.623-1 e seguintes do C. Con., respetivamente;

- a *Loi n.º 2016-42 de modernization du système de santé* introduziu as ações coletivas no setor da saúde, cuja base legal consta nos artigos L.1143-1 e seguintes e R.1143-1 e seguintes do CSP.

- a *Loi n.º 2016-1557 de modernization de la justice du 21e siècle* ampliou a aplicação das ações coletivas a diversos setores: ao setor da privacidade e proteção de dados pessoais, do meio ambiente, das práticas discriminatórias, cuja regulamentação legal está plasmada, no artigo 43.º da *Loi n- 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, no artigo 142-3-1 do CE e nos artigos 10.º da *Loi n.º 2008-496* de 17 de maio de 2008 e L.1134-6 e seguintes do CT.

Sobre este ponto, vide, BIARD, Alexandre e AMARO, Rafael P., *Resolving Mass Claims in France*, disponível em https://www.researchgate.net/publication/312173326_Resolving_Mass_Claims_in_France_Toolbox_Experience (último acesso a 24 de Abril de 2020), pp. 5 a 11; MULHERON, Rachael, *Recent United Kingdom and French Reforms of Class Actions: An Unfinished Journey, in Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva, et. al. (ed.), BIICL, 2015, pp. 97 e 98; POISSON, Erwan e LE DRÉAU, Constance Ascione, *France, in TCALR*, SWALLOW, Richard, et. al. (ed.), Law Business Research, 2017, pp. 62 e 63.

⁹⁰ A *Legge n.º 31 del 12 aprile 2019* alterou o quadro normativo da *azione di classe*. Até então, a *azione di classe* tinha como escopo a proteção específica dos interesses individuais homogêneos dos consumidores, encontrando consagração legal no artigo 140-*bis* do Cod.d.Cons. A *Legge n.º 31 del 12 aprile 2019* veio ampliar o âmbito de aplicação material da *azione di classe*, a qual já não é mais concebida como um mecanismo através do qual se realiza a proteção do consumidor, mas é um verdadeiro mecanismo processual de alcance horizontal ou geral à disposição de todos os sujeitos que pretendam reivindicar uma indemnização por danos sofridos em virtude de qualquer lesão a direitos individuais homogêneos.

Por consequência da ampliação do seu âmbito de aplicação, a *azione di classe* passou a inserir-se sistematicamente no CPC It., especificamente, nos artigos 840-*bis* a 840-*quinquiesdecies*.

Sobre o escopo da nova *azione di classe* e para um confronto com a anterior disciplina, vide, CAPUTO, Luca e CAPUTO, Mattia, *La nuova class action (L. 12 aprile 2019, n. 31), in IC*, 2019, pp. 5 a 21; TEODOLI, Francesco, *Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice de procedura civile, in SI*, n.º 12, Anno XXV, 2019, pp. 1413 e 1414; PONZANELLI, Giulio, *La nuova class action (...), op. cit.*, pp. 306 e 307; AMADEI, Davide, *Nuova azione di classe (...), op. cit.*, 2019, pp. 1049 a 1055.

Pode, por ser assim, afirmar-se a ausência de apoio político por parte dos Estados-Membros para a adoção de um sistema horizontal de tutela coletiva reparatória.

A nosso ver, a novidade e a complexidade inerente a um mecanismo coletivo de reparação convocam razões de precaução e cautela que concorrem para justificar a renitência dos Estados-Membros para a adoção de um mecanismo de tutela coletiva reparatória estruturado para satisfazer todo o tipo de reivindicações por danos causados por uma lesão a direitos individuais homogêneos, considerando-se mais conveniente e cautelosa a limitação do seu âmbito de aplicação a determinados domínios em que aquele mecanismo de tutela jurisdicional se mostre mais relevante.

De facto, ainda que se reconheça que a consagração de um sistema de tutela coletiva possa ser relevante para diversos domínios jurídicos e setores económicos da União Europeia, a verdade é que, ao nível europeu a necessidade de um mecanismo processual de tutela coletiva é, em termos práticos, particularmente premente para a proteção dos direitos dos consumidores, como têm vindo a atestar os recentes escândalos a envolver questões de massa, particularmente, o caso *Dieselgate*.⁹¹

Ademais, para justificar a parca recetividade dos Estados-Membros na consagração de um mecanismo judicial de tutela coletiva reparatória para a proteção dos

⁹¹ O caso *Dieselgate* veio evidenciar que grande parte dos consumidores europeus é impedido de obter uma indemnização em virtude de obstáculos processuais, ora porque alguns Estados-Membros não consagram qualquer mecanismo de reparação coletiva, ora porque, embora consagrando um mecanismo de reparação coletiva, este não funciona de forma eficiente

A «Proposta de Diretiva» foi significativamente influenciada por este *big case*, na sequência do qual se estima que hajam sido lesados cerca de onze milhões de consumidores em todo o mundo e oito milhões só na Europa.

O Parlamento Europeu na sua Recomendação à Comissão e ao Conselho, de 4 de abril de 2017, na sequência do inquérito sobre a medição das emissões no setor automóvel (*vide*, 2016/2908(RSP), JO C 298/140, 23.8.2018) “considera que os consumidores da UE afetados pelo escândalo do «dieselgate» devem ser adequada e financeiramente compensados pelos fabricantes de automóveis implicados (...) e insta, para o efeito, a Comissão a apresentar uma proposta legislativa para a instituição de um sistema de ação coletiva, a fim de criar um sistema harmonizado para os consumidores da UE que evite a atual situação de ausência de defesa dos consumidores na maior parte dos Estados (...)” (*vide*, 2016/2908(RSP), 23.8.2018, pontos 58 e 59).

Acresce que, nos considerandos da «Proposta de Diretiva» pode ler-se “num cenário tipo Dieselgate, as vítimas de práticas comerciais desleais, nomeadamente da publicidade enganosa por parte dos construtores de automóveis, poderão obter reparação coletiva intentando uma ação coletiva ao abrigo da presente proposta (...) Esse tipo de reparação coletiva não estava ainda previsto no direito da União” (*vide*, COM(2018) 184 final, 11.4.2018, p. 6).

Sobre o impacto do *Dieselgate* para os consumidores da União Europeia, veja-se nomeadamente, um estudo compilado da BEUC, intitulado *Volkswagen Dieselgate Four Eyars Down The Road: Na overview of enforcement actions and policy work by BEUC and its members since the Dieselgate scandal, disponível em* https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2019-050_report_-_four_years_after_the_dieselgate_scandal.pdf (último acesso a 24 de abril de 2020); NEMETH, Kristin e MORAIS CARVALHO, Jorge, *Dieselgate and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in the European Union*, in *EuCML*, Vol. 6, Issue 1, 2017, p. 35.

Para uma análise das repercussões do *Dieselgate* para os consumidores em Portugal, *vide*, PASSINHAS, Sandra, *O caso Volkswagen – A proteção do comprador*, in *RDC*, n.º 1, 2017, pp. 33 a 51.

direitos dos consumidores há autores, com particular destaque para VOET e HODGES, que defendem que o recurso ao contencioso não é o principal meio para a resolução de litígios de massa em matéria de consumo em diversos Estados-Membros, tendendo-se a recorrer aos meios extrajudiciais de resolução de litígios.⁹²

Nesta linha de raciocínio, a adoção de um mecanismo judicial com vista à reparação coletiva dos consumidores lesados por danos em massa é desnecessária, devido à existência de meios processuais não judiciais de resolução de litígios que revelam uma maior eficiência para dirimir litígios de massa em matéria de consumo.

De facto, o potencial dos mecanismos processuais não judiciais de resolução de litígios para dirimir controvérsias que envolvem questões de massa é reconhecido pela União Europeia, aludindo-se à necessidade de incrementar outras formas de resolução de controvérsias – mais simples, céleres, económicas e informais – para os casos de reparação coletiva, salientando que os tribunais não são o lugar exclusivo para a resolução de litígios em larga escala.⁹³

No entanto, apesar de *a priori* os mecanismos de resolução extrajudicial de litígios coletivos parecerem uma boa ferramenta para a resolução de litígios emergentes da lesão de interesses individuais homogêneos dos consumidores, importa não ignorar que os mecanismos extrajudiciais nas ações coletivas assumem contornos específicos, o que implica a reflexão de outras questões e obstáculos processuais que não se colocam no plano dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios individuais.

Em primeiro, é indispensável indagar se os procedimentos extrajudiciais podem ser eficazes e recomendáveis para dirimir todas ou apenas determinadas situações litigiosas, nomeadamente, em função do valor dos danos.

O recurso a um mecanismo tutela coletiva extrajudicial com uma finalidade reparatória pode, a nosso ver, não funcionar de forma adequada e eficaz para todos os tipos de litígios, nomeadamente, em relação a litígios em que estão em causa danos de montante significativo parecendo-se, ao invés, uma solução cogitável para os casos de danos bagatelares.⁹⁴

⁹² Cfr., VOET, Stefaan, *'Where the wild things are' - Reflections on the State and Future of European Collective Redress*, *op. cit.*, p. 135; HODGES, Christopher, *Collective Redress: A Breakthrough or a Damp Squibb?*, in *JCP*, Vol. 37, Issue 1, 2014, pp. 84 e 85; SAHIN, Eda, *op. cit.*, p. 52.

⁹³ Nomeadamente, na «Proposta de Diretiva» pode ler-se que "os Estados-Membros são igualmente incentivados a assegurar a disponibilidade de sistemas coletivos de RAL" (Cfr., COM(2018) 184 final, p. 5).

⁹⁴ Defendendo que os mecanismos de resolução extrajudicial de litígios coletivos não são eficazes em caso de litígios de grande expressão económica, *vide*, TULIBACKA, Magdalena, *op. cit.*, pp. 410 e 420.

Em segundo lugar, é essencial refletir acerca do poder para iniciar um procedimento de mediação, conciliação ou arbitragem. Abstraindo da discussão acerca de quem será o sujeito mais adequado para atuar na mediação, conciliação ou arbitragem e dando por assente a opção por um modelo representativo – isto é, a atribuição de iniciativa processual a entidades qualificadas e a entes públicos –, não podemos deixar de questionar se o poder de iniciativa processual que é reconhecido às entidades qualificadas compreende a faculdade de praticar atos de disposição sobre o objeto do processo ou se estes poderes lhe devem ser especialmente atribuídos pelos lesados.

Nesta sequência, dado que o poder de iniciativa processual não pertence aos titulares individuais dos interesses lesados parece que os procedimentos de resolução extrajudicial de litígios coletivos desconfiguram um dos princípios essenciais que, normalmente, caracterizam estes mecanismos – o princípio da voluntariedade.

Ademais, por que o reconhecimento do poder à entidade qualificada para praticar atos de disposição sobre o objeto não significa, nem pode significar, a atribuição de uma «carta branca» para a celebração de qualquer tipo de acordo e por que estamos perante procedimentos voluntários e consensuais, é relevante discutir se o acordo alcançado pela entidade qualificada deverá ser comunicado aos lesados para efeitos de manifestação de concordância ou discordância com o seu conteúdo para efeito de a ele se vincularem ou desvincularem.

Por conseguinte, para efeitos de dar a conhecer o início e/ou o resultado da mediação, conciliação ou arbitragem à pluralidade dos lesados é necessário, *a priori*, proceder à publicitação do respetivo procedimento, preterindo-se um dos princípios basilares destes procedimentos – o princípio da confidencialidade.⁹⁵

Estas são algumas das questões que se suscitam no quadro dos mecanismos extrajudiciais de reparação e que nos conduzem a não considerar convincente o argumento da suficiência dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios para dar uma solução justa e eficaz a controvérsias relativas ao direito do consumidor.

Os mecanismos judicial e extrajudicial de resolução de litígios coletivos devem ser perspetivados como mecanismos independentes, mas complementares, devendo coexistir no seio de um (sub)sistema de processo coletivo integrado, equilibrado e

⁹⁵ CATALÁN CHAMORRO, María José, *El acceso a la justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo*, tirant to blanch, 2019, p. 195.

eficaz.⁹⁶ E esta relação de complementaridade deve existir independentemente de estar em causa um instrumento setorial ou horizontal de tutela jurisdicional coletiva reparatória.

A esquematização de um sistema de processo coletivo de reparação de base setorial tem sido, ainda, confrontada com a questão de saber se a limitação do âmbito de aplicação de tal sistema domínio do direito do consumidor constitui uma restrição objetivamente injustificada ao princípio do acesso uniforme à justiça dentro da União Europeia.

O que justifica a dissemelhança no tratamento de situações jurídicas apenas assente no domínio jurídico em que se enquadram? Por que razão determinados sujeitos podem beneficiar de um acesso coletivo à justiça em virtude de o seu caso se enquadrar dentro de uma determinada área do direito, enquanto outros veem o seu acesso à justiça reduzido à forma de tutela jurisdicional individual pelo simples facto de a situação jurídica litigiosa não ser abrangida pelo âmbito material de aplicação do instrumento de tutela jurisdicional coletiva?⁹⁷

Esta preocupação, embora legítima, não assume manifesta relevância prática. Os resultados da Recomendação da Comissão evidenciaram a ausência de receptividade por parte da maioria dos Estados-Membros para a consagração de um mecanismo de tutela jurisdicional coletiva horizontal, manifestando preferência pela restrição das ações coletivas a determinados setores, em particular, o direito do consumidor.

Esta opção político-legislativa dos Estados-Membros é acompanhada por evidências empíricas que demonstram que a maioria da litigiosidade massiva incide na área da defesa do consumidor, tornando-se particularmente premente o alcance da coerência das legislações dos Estados-Membros neste domínio.

A harmonização do direito processual civil dos Estados-Membros em matéria de tutela coletiva reparatória *piece by piece*, cujo escopo se limita à proteção dos direitos dos

⁹⁶ Num mesmo sentido, *vide* por todos, SMITH, Vicent, *The Effect of EU Public Enforcement Proceedings on Collective ADR, in Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva, *et. al. (ed.)*, BIICL, 2015, p. 448, “It is also noteworthy to mention that collective ADR should be available to accompany court based collective redress; it is unlikely to be sufficient for Member States to rely on existing ADR opportunities designed solely for bilateral and/or out-of-court situations”.

⁹⁷ *Cf.*, RAJA, Mira, LOMAS, Paul, *op. cit.*, p. 74.

Defendendo que a limitação do âmbito de aplicação da nova ação coletiva de reparação belga, introduzida pela Lei de 28 de Março de 2014 e consagrada no CDE, aos litígios de consumo põe em causa o princípio do acesso à justiça, veja-se, VOET, Stefaan, *‘Where the wild things are’ (...)*, *op. cit.*, p. 31.

consumidores, surge assim como solução necessária e adequada, porquanto, parece a única forma de alcançar a referida harmonização.⁹⁸

A atuação dos Estados-Membros, por si só, não se revela eficaz para alcançar tal harmonização, pelo que, a ação empreendida pela União Europeia, através da utilização de um instrumento jurídico vinculativo se mostra necessária para alcançar a coerência entre as legislações dos Estados-Membros em matéria de tutela coletiva reparatória para a proteção dos interesses dos consumidores.

Desta forma, garante-se que todos os consumidores de todos os Estados-Membros estão munidos de, pelo menos, um mecanismo processual com as mesmas modalidades processuais, beneficiando de um tratamento e de um nível de proteção e de reparação análogo.

Por outro lado, a harmonização dos mecanismos de tutela coletiva reparatória a nível setorial poderá constituir um incentivo para os Estados-Membros no sentido de um alargamento paulatino do âmbito de aplicação de tais mecanismos.

⁹⁸ A favor da harmonização do direito processual civil europeu de forma fragmentada ou *piece by piece*, vide por todos, LYUBCHENCO, Ya. Maxim, *Mechanism if the procedural law globalization or 29-th regime of procedural law in european community*, disponível em https://www.academia.edu/20914209/Mechanism_of_the_procedural_law_globalization_or_29-th_regime_of_procedural_law_in_European_community (último acesso a 27 de Abril de 2020), p. 179.

CAPÍTULO II – A TUTELA COLETIVA RESSARCITÓRIA

1. Legitimidade para o exercício das ações coletivas ressarcitórias

1.1. Os vários modelos de legitimidade

Na análise e regulamentação dos vários aspetos da conformação procedimental das ações coletivas ressarcitórias, uma das questões chave reside na legitimidade para agir. E isto porque, por um lado, é a figura que emerge em primeiro lugar no *iter* procedimental e, por outro lado, porque é uma figura que suscita algumas dificuldades no quadro da tutela coletiva.

De acordo com as regras tradicionais, a questão de quem deveria ter legitimidade para agir é simples, dado que, os titulares da relação material controvertida, o autor e o réu, são geralmente as partes no processo. No entanto, as situações jurídicas litigiosas subjacentes ao fenómeno da coletivização de ações individuais desafiam a figura da legitimidade para agir. Aqui, estamos a falar de danos em massa – isto é, danos individualmente causados a uma pluralidade de pessoas em virtude um facto ilícito –, os quais se aglutinam para efeitos de reivindicação judicial tornando-se, por isso, pertinente questionar a quem deveria ser atribuída legitimidade para agir com vista à obtenção de uma indemnização.

As normas nacionais dos Estados-Membros da União Europeia sobre a legitimidade para agir são heterogéneas, existindo distintos modelos de configuração das ações coletivas tendo por referente o critério da legitimidade para o exercício de tais ações: o modelo de «*ação de classe*», o modelo de «*ação de grupo*» e o modelo de «*ação representativa*».⁹⁹

⁹⁹ Fazendo referência a esta heterogeneidade, *vide* por todos, CAÑAS, Ignacio Onandia, *La acción colectiva en la Unión Europea: ¿Es posible encajarla en el Reglamento de Bruselas I Bis?*, in *RJUAM*, n.º 39, 2019, pp. 300 e 301; MARTÍNEZ SANTOS, Antonio, *Eficacia transfronteriza de las resoluciones recaídas como consecuencia del ejercicio de acciones colectivas y de las transacciones alcanzadas em processos colectivos*, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, *et. al. (coord.)*, Marcial Pons, 2018, p. 275; CIANCIO, Anna Giordano, *The controversial application of collective consumer redress judicial procedures in the UK context: Terminological and conceptual inconsistencies, overlaps and ambiguities*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1722387 (último acesso a 10 de Maio de 2020), p. 2.

Existem ainda países que, não adotando o mecanismo judicial de tutela coletiva, no sentido de adotarem uma ação de classe, uma ação de grupo ou uma ação representativa, consagram outros

1.1.1. Modelo de «ação de classe»

O modelo de «ação de classe» é originário do sistema anglo-saxónico e é considerado o modelo de referência das ações coletivas, beneficiando de uma longa tradição e de uma vastíssima aplicação prática nos Estados Unidos da América¹⁰⁰ e influenciando na implementação das ações coletivas em diversos Estados-Membros.¹⁰¹

Na ótica do modelo de ação de classe («*class action*») a ação é proposta por um ou mais membros da classe que atuam na lide para a defesa dos seus interesses, assim como, dos interesses de todos os sujeitos que se encontram numa situação jurídico-material semelhante.¹⁰²

mecanismos processuais para a propositura de ações com a mesma finalidade - a resolução de litígios de massa -, como é o caso dos processos modelo (*Model Case Proceedings* ou *test case procedure*).

O processo modelo encontra consagração no ordenamento jurídico alemão - *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (Kap-MuG, de 6 de Agosto de 2005). Sobre este mecanismo processual, veja-se, BAETGE, Dietmar, *Class actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation: Germany*, disponível em <http://globalclassactions.stanford.edu/content/class-actions-group-litigation-other-forms-collective-litigation-germany> (último acesso a 10 de Maio de 2020), *passim*; BÄLZ, Henning, *Germany*, in *TCLR*, 2019, pp. 72 a 76; CAPONI, Remo, *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*, in *RTDPC*, Anno LXI, n.º 5, 2007, pp. 1249 a 1253; BAUM, Harald, *The German Capital Markets Model Case Act – A Functional Alternative to the US-Style Class Action for Investor Claims?*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2909545 (último acesso a 10 de Maio de 2020), *passim*.

¹⁰⁰ A «*class action*» anglo-saxónica está regulada na *Rule 23* do *FRCP*. Pretendemos apenas dar conta do modelo de legitimidade das ações coletivas norte-americanas extravasando o objeto do nosso trabalho uma análise detalhada do sistema norte-americano. A bibliografia que incide sobre a «*class action*» norte-americana é muito ampla, refira-se exemplificativamente, LEWIS, Kevin M., FREEMAN, Wilson C, *Class Action Lawsuits: A Legal Overview for the 115th Congress*, Congressional Research Service, 2018, disponível em www.crs.gov (último acesso a 10 de Maio de 2020), *passim*; KLEMENT, Allon e KLONOFF, Robert, *Class Actions in the United States and Israel: A Comparative Approach*, in *TIL*, Vol. 19, Issue 1, 2018, pp. 154 a 170; BUENO, Cassio Scarpinella, *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, in *RePro*, Vol. 82, 1996, pp. 2 a 26; ALEXANDER, Janer Cooper, *An introduction (...)*, *op. cit.* pp. 4 e ss.

¹⁰¹ Designadamente, no ordenamento jurídico italiano e por influência do direito norte-americano, reconhece-se legitimidade para a propositura da «*azione di classe*» a “ciascun componente della classe” (*Cfr.*, Artigo 840-*bis*, n.º 2 do CPC It.). Sobre a legitimidade processual neste ordenamento jurídico, *vide* entre outros, TEDIOLI, Francesco, *Tra nuove regole (...)*, *op. cit.*, p. 1414; FIORIO, Paolo, *La Nuova Azione Di Classe, Passi In Avanti Verso Gli Obiettivi Di Accesso Alla Giustizia E Deterrenza?*, disponível em <http://www.ilcaso.it/articoli/11119.pdf> (último acesso a 12 de Maio de 2020), pp. 13 a 16; AMADEI, Davide, *Nuova azione di classe (...)* *op. cit.*, pp. 1053 a 1055.

¹⁰² WINSOR, Roderick S., *Class actions: How to oppose certification*, disponível em https://www.blaney.com/files/article_class-actions-oppose-certification.pdf (último acesso a 10 de Maio de 2020), pág. 2; HODGES, Christopher, *Collective Actions*, *op. cit.*, p. 3; VAN DER BERGH, Roger, VISSCHER, Louis, *op. cit.*, pp. 8 e 9; TANG, Zheng Sophia, *Consumer collective redress in Europe private international law*, in *JPIL*, Vol. 7, 2012, p. 101; COLE, Eva W., *The Class Action Mechanism and Court's Continued Focus on Class Certification and Settlements Requirements*, disponível em <https://www.winston.com/images/content/1/0/v2/102490/Cole-Chapter.pdf> (último acesso a 10 de Maio de 2020), pág. 4; MUSSO, Bruno Spagna e MANFREDONIA, Massimo, *L'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi plurimi: rimedi inibitori, rimedi risarcitori, técnica legislativa*, in *Gius. Ins.*, n.º 1, 2010, pp. 62 e 63.

Por que a «ação de classe» é proposta por um membro ou por um pequeno grupo de membros da classe que representam, em sede processual, os seus interesses e os interesses de todos membros da classe afetados pela mesma conduta ilícita, aqueles são denominados “partes representativas” ou “representantes da classe”.¹⁰³

Note-se que, não nos referimos aos membros da classe como aqueles a quem «pertence» a legitimidade para agir, mas antes como aqueles a quem cabe «propor» a ação de classe. De facto, o direito de ação não pertence a qualquer membro da classe, mas sim à classe *in se*, o que significa que, rigorosamente, estamos perante uma «legitimidade para agir da classe». ¹⁰⁴

É importante salientar que a legitimidade para agir que nesta sede se erige é a legitimidade da classe e não uma legitimidade individual como, não tão raro, se vê apelidada na literatura jurídica, o que redundaria na autonomização da classe como sujeito legitimado, a esta pertencendo a titularidade do direito de ação.¹⁰⁵

Se nos arreigarmos ao teor literal dos preceitos legislativos positivados nos ordenamentos jurídicos onde este modelo de tutela coletiva está consagrado, nomeadamente, nos já mencionados ordenamentos jurídicos norte-americano – “*One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members (...)*”¹⁰⁶– e italiano – “*(...) ciascun componente della classe può agire (...)*”¹⁰⁷, facilmente somos tentados a concluir que a legitimidade para agir assume uma matiz individual, ou seja, que a ação de classe pertence a qualquer um dos sujeitos individuais

¹⁰³ Frise-se que, no âmbito das ações coletivas quando falamos de “representação” não se pretende atribuir a este termo a conotação que assume no domínio jurídico, isto é, não nos referimos à representação em sentido técnico-jurídico, enquanto instituto jurídico pelo qual uma determinada pessoa (o representante) atua em nome de outrem (o representado) com imputação dos efeitos jurídico do ato praticado na esfera da pessoa em cujo nome se atua. Tão só se pretende expressar que o proponente da ação atua no processo para a defesa dos interesses de todos os membros da classe, grupo ou pluralidade de pessoas afetadas pela mesma conduta ilícita.

¹⁰⁴ Neste sentido, DONZELLI, Romolo, *L'azione di (...)*, *op. cit.*, p. 73, “Difatti, l'azione di classe non spetta a «ciascun componente della classe», ma alla classe stessa. La legittimazione ad agire non è individuale, ma di classe”. Ainda, SANTAGELI, Fabio e PARISI, Pierpaolo, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all' art. 140-bis cod. Cons.*, in www.judicium.it (último acesso a 10 de maio de 2020), p. 16, nota de rodapé n.º 50, “È, infatti, peculiare la circostanza che il *class representative* agisca in nome ed in rappresentanza di un soggetto, la classe attrice, che è la vera parte processuale e che si struttura come soggetto entificato”.

¹⁰⁵ Referindo-se à legitimidade para agir da classe como legitimidade individual, veja-se nomeadamente, TARUFFO, Michele, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineeamenti generali*, in *RTDPC*, Anno LXV, n.º 1, 2011, p. 112; FIORIO, Paolo, *La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*, disponível em www.ilcaso.it (último acesso a 12 de Maio de 2020), p. 14.

¹⁰⁶ *Rule 23 (a) FRCP*.

¹⁰⁷ Artigo 840-*bis*, n.º 2 CPC It..

membros da classe, com a mesma significância que lhes pertence o direito de ação para a proteção dos seus direitos subjetivos individuais no quadro de uma ação individual.

Esta compreensão individualista da legitimidade para a ação de classe, não só não se compadece com a natureza do instrumento processual em análise, como torna fundível o que se pressupõe antagónico. A legitimidade para agir individual, atributiva das ações individuais, não se confunde, nem se pode confundir, com a legitimidade para agir em sede de ação de classe. Entre a ação individual e a ação de classe traça-se uma linha de distinção bem definida, não apenas em função dos respetivos objeto e efeitos, como também no que respeita à titularidade.¹⁰⁸

Na ação de classe a titularidade do direito de ação pertence estritamente à classe que, como tal, é o sujeito legitimado. Porém, a classe, *per se*, integrada por todos os sujeitos lesados pela mesma conduta ilícita, não pode agir na lide para a defesa dos interesses de todos os seus membros. Torna-se, pois, necessário engendrar um expediente que possibilite a defesa dos interesses de todos os membros da classe em juízo.

Este expediente consiste, precisamente, na atribuição a qualquer membro da classe da faculdade de propositura da ação. Os membros da classe, na veste de proponentes, assumem, nesta senda, o determinante papel de possibilitar o exercício do direito de ação da classe.¹⁰⁹

Através da ação de classe, reconhece-se ao proponente da ação a possibilidade de representar a «classe» no processo, isto é, o proponente da ação atua em tribunal em representação dos interesses de todos os membros da classe ou, recorrendo a uma expressão coloquial que nos parece expressiva, o proponente da ação é o «porta-voz» dos interesses da classe no processo.¹¹⁰

Esta técnica processual assenta, como se tem vindo a observar, na cisão entre a titularidade da ação de classe – pertencente à «classe» em si mesma, que figura como ente legitimado – e o poder ou faculdade de iniciativa processual – que cabe a todo e qualquer

¹⁰⁸ Salientando a interconexão existente entre a legitimidade para agir na ação coletiva e o respetivo objeto desta ação e a necessidade de não confundir a ação coletiva e a ação individual, *vide*, CARRATA, Antonio, *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, in RDP, Ano LXIV, n.º 2, 2009, “Il tema dei criteri o delle regole legittimanti o abilitanti all'esercizio dell'azione è una costante della riflessione intorno alla tutela collettiva ed è strettamente connesso alla circostanza che le situazioni sostanziali tutelabili con l'esercizio dell'azione collettiva non sono pienamente coincidente com le tradizionali situazioni giuridiche individuali”.

¹⁰⁹ *Cfr.*, DONZELLI, Romolo, *L'azione di (...)*, *op. cit.*, p. 73.

¹¹⁰ *Cfr.*, SÁNCHEZ POZOS, Elba, *Cuestiones relativas a los representantes de la clase*, in *Acciones colectivas: Reflexiones desde la judicatura*, GONZÁLEZ CASTILLO, Leonel, *et. al. (coord.)*, Instituto de la Judicatura Federal: Escuela Judicial, 2013, p. 41; DONZELLI, Romolo, *L'azione di (...)*, *op. cit.*, pp. 73 e 74.

membro da classe, revestindo, por conseguinte, o figurino de proponente da ação, permitindo-se, desta forma, a defesa em juízo dos interesses de todos os membros da classe.

É justamente esta possibilidade de fazer convergir os interesses da classe num único sujeito, também desta integrante, a quem se dota o poder ou a faculdade de iniciativa processual para fazer valer em juízo, não só o seu interesse, como também os interesses dos demais membros da classe, que constitui a «marca-de-água» deste modelo de tutela coletiva.

A defesa em tribunal dos interesses de todos os membros da classe pela mão de um sujeito individual que, pela qualidade de membro, é portador do interesse da classe cria a aparência de um «selo de qualidade» na condução do processo.

O proponente da ação, porque é sujeito integrante da classe de portadores dos interesses individuais homogêneos que se pretendem fazer valer ou, se quisermos, enquanto um dos titulares da situação jurídica objeto de tutela, possui um envolvimento com a questão e um interesse pessoal na causa, o que constitui um indício de um maior comprometimento e empenhamento na condução da lide.¹¹¹

No entanto, se o interesse pessoal do proponente da ação pode constituir um indício de que a questão será empenhadamente defendida no processo, importa não ignorar o risco de desaparecimento de um tal interesse no decurso do processo ou o desestímulo para o seu prosseguimento, nomeadamente, tendo em consideração os custos, a morosidade, a complexidade e o desgaste psicológico implicados num processo judicial coletivo, o que poderá culminar na não prossecução da ação coletiva, favorecer a cedência a acordos de transação nem sempre favoráveis à classe e propiciar o conluio entre o proponente da ação e o demandado, prejudicando os interesses da classe e determinando o fracasso da efetividade da tutela jurisdicional.¹¹²

Ademais, conferir a iniciativa e a condução do processo coletivo a um sujeito individual parece constituir um paradoxo. A coletivização de pretensões individuais fundamenta-se, *inter alia*, no pressuposto de que os elevados encargos económicos do processo obstam a que os sujeitos lesados ajam judicialmente por via individual para a defesa dos seus interesses e a obtenção da reparação pelos prejuízos sofridos. Ora, dado

¹¹¹ No mesmo sentido, ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit.*, p. 231.

¹¹² ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit. loc. cit.*, p. 231; COROMINAS BACH, Sergi, *Procesos colectivos. Um necessário salto hacia el futuro*, Marcial Pons, 2018, p. 181.

que, uma ação coletiva envolve maiores encargos, parece contraditório atribuir ao sujeito individual a incumbência de suportar esses encargos por natureza mais elevados.¹¹³

Na sequência desta ideia, não pode deixar de se alertar que o custeio da ação coletiva pelo membro individual da classe que atua como representante dos demais constitui um forte desincentivo à propositura da ação.¹¹⁴

Assim, conquanto esta solução pareça impulsionar o acesso à justiça, uma vez que qualquer lesado tem o poder de iniciar uma ação coletiva para a obtenção de uma indenização, na prática, geralmente nenhum sujeito assume a iniciativa para iniciar um processo coletivo.¹¹⁵

O custeio da ação de classe representará um investimento pessoal e economicamente irracional, que muito dificilmente alguém quererá comportar. À partida, ninguém estará disposto a suportar todos os custos inerentes a um processo judicial e o risco de não ser deles reembolsado, assim como, o risco de ter de suportar os custos do processo da contraparte vencedora em caso de sucumbência da ação, por força do princípio do perdedor pagador dominante nos Estados-Membros.

Para contornar este obstáculo foram delineados alguns métodos teóricos, os quais, no entanto, apenas de forma improvável seriam bem-sucedidos.¹¹⁶

Dentre esses métodos contam-se a atribuição de uma compensação pecuniária ao representante da classe como forma de estímulo à propositura da ação. Não obstante, este método apresenta incontestáveis efeitos negativos, designadamente, o enriquecimento do demandante à custa do litígio e o conflito de interesses entre o demandante e os demais membros da classe.

Por outro lado, concebe-se que o representante da classe solicite aos demais membros da classe uma contribuição pecuniária para auxiliar o custeio do litígio. Porém, é facilmente previsível que nos casos de litígios de pequena expressão económica os membros da classe dificilmente cediam ao pagamento daquela contribuição.

De mais a mais, a relação entre os litigantes tende a pautar-se por um desequilíbrio de forças. Os agentes económicos contra quem a ação é proposta são, em

¹¹³ GIUSSANI, Andrea, *Il nuovo art. 140-bis C. Com.*, in *RDP*, Anno LXV, n.º 3, 2010, pp. 595 e 596.

¹¹⁴ VOET, Stefaan, *The cruz of the Matter: Funding and Financing Collective Redress Mechanisms, Forthcoming in X., UE Civil Justice: Current Issues and Future Outlook, series Swedish Studies in European Law*, Hart Publishing, 2015, p. 5.

¹¹⁵ PATO, Alexia, *Jurisdiction and Cross (...)*, *op. cit.*, p. 57.

¹¹⁶ Sobre estes métodos, *vide*, MULHERON, Rachael, *The Class Action in Common Law Systems: A Comparative Perspective*, HART Publishing, 2004, pp. 454 e ss; VOET, Stefaan, *The Cruz of the Matter (...)*, *op. cit.*, pp. 5 e 6.

regra, litigantes habituais, cuja experiência em litígios passados semelhantes e capacidade financeira lhes permite, designadamente, a estruturação antecipada de estratégias processuais ou o acesso a advogados experientes e especializados, colocando-os numa posição de vantagem no processo em relação ao sujeito individual, que tende a ser um litigante ocasional com poucos recursos económicos e diminuta capacidade técnica.

The last but not the least importa considerar que, na maioria das vezes, os indivíduos não internalizam os benefícios que a sua iniciativa processual e o seu empenhamento na ação coletiva acarretam para a classe, isto é, na ausência de um qualquer incentivo, os indivíduos desconsideram a contribuição que cada um pode oferecer para a consecução dos interesses comuns, o que pode conduzir a um comportamento indesejável de *free-riding*.¹¹⁷

A consideração da insignificância da contribuição de cada um para o interesse comum e a ausência de incentivos, gera nos sujeitos lesados uma atitude de apatia. Apesar do interesse comum no litígio, os membros da classe, desestimulados para a propositura da ação pelos custos que implica, o tempo que despende e o desgaste psicológico que envolve, ao que se soma a ausência de incentivos, preferem abster-se de agir judicialmente, não contribuindo para o resultado do litígio e aproveitando-se da iniciativa processual de outros sujeitos componentes da classe.

A ação coletiva acabará por ser iniciada por um membro da classe mais paciente ou mais altruísta que se dispõe a conduzir o processo em prol da satisfação não apenas do seu próprio interesse, como dos interesses de todos os membros da classe. No entanto, a decisão de mérito favorável beneficiará todos os membros da classe, inclusive aqueles que em nada contribuíram para o êxito da ação, enquanto que, a contribuição para esse resultado é exclusivamente suportada pelo sujeito individual que conduziu o processo.

Por ser assim, o indivíduo que voluntariamente dá início à ação acarreta com os custos do litígio e se compromete a conduzir o processo em representação dos interesses da classe, provê aos demais membros da classe um bem coletivo não rival e não excludente, pois, o resultado do processo irá beneficiar não apenas o proponente da ação, como também todos os demais sujeitos lesados que integram a classe, tornando-se

¹¹⁷ NAGY, Csongor István *Collective Actions in Europe (...)*, *op.cit.*, p. 16; DORIAT-DUBAN, Myriam; FERREY, Samuel e HARNAY, Sophie, *op. cit.*, pp. 32 e 34 a 37; PATO, Alexia, *op. cit. loc. cit.*, p. 57.

impossível impedir ou excluir estes últimos dos benefícios derivados da decisão sobre o mérito da causa.¹¹⁸

A apreciação que tecemos evidencia a forma como a cultura e tradição dos ordenamentos jurídicos moldam a configuração da tutela coletiva e influem na sua eficácia. No ordenamento jurídico norte-americano, onde as «*class action*» são largamente experimentadas, as críticas que aos olhos de um jurista dos países europeus lhe suscitam relutâncias, pelo menos, como solução exclusiva, quanto à possibilidade de um sujeito individual representar, por si só, a classe em tribunal, não assumem a mesma relevância.

Na experiência americana, aqueles aspetos problemáticos são contornados pela *praxis* de uma «*entrepreneurial litigation*» motivada pela consagração do sistema das «*contingency fees*» relativamente aos honorários dos advogados.¹¹⁹

Quer-se dizer, na experiência americana, normalmente, o sujeito individual, proponente da ação coletiva, é apenas um «*isco*» para que a ação seja conduzida por um advogado, que financia as despesas do processo, em nome da pluralidade dos membros da classe, em troca de uma percentagem do montante da indemnização a perceber pelos membros da classe em caso de ganho da causa ou de transação.¹²⁰

A representação da classe e o financiamento do litígio por advogados empreendedores em troca de uma percentagem da indemnização em caso de sucesso da ação ou de uma transação parece contornar os problemas acima referidos.

Por um lado, supre o desestímulo dos sujeitos individuais motivado pelos custos do litígio. O sistema de «*contingency fees*» apresenta-se como uma forma de financiamento privado do processo, na medida em que é o próprio advogado e não o proponente da ação que assume os encargos económicos do processo, tendo em vista o

¹¹⁸ BARKER, George; FREYENS, Samuel e HARNAY, Sophie, *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁹ Para uma noção das *contingency fees*, vide por todos, ALEXANDER, Janet Cooper, *An introduction (...)*, *op. cit.*, p. 10, “The contingent fee is a contract by which the lawyer agrees to advance litigation expenses, including the lawyer’s services. At the end of the case, the lawyer receives as a fee an agreed percentage of the recovery. If there is no recovery, the lawyer gets nothing. Contingent fees are, at their heart, a method of financing litigation”.

¹²⁰ Razão pela qual o representante individual da classe vem sendo qualificado na doutrina anglosaxónica como *decorative figurehead*, vide, BURNS, Jean Wegman, *Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions*, in *HLJ*, Vol. 42, Issue 1, 1990, p. 165.

Apelando à mesma crítica, veja-se ainda, ALEXANDER, Janet Cooper, *An introduction (...)*, *op. cit.*, p. 6, “(...) lawyers who specialize in class actions are usually the moving force in the filing of a complaint. (...) The class representative, however, usually does not play a significant role in the litigation”; GIUSSANI, Andrea, *Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria*, in *RDP*, Anno LXIII, n.º 2, 2008, p. 467; TARUFFO, Michele, *La tutela collettiva (...)*, *op. cit.*, p. 112.

recebimento de uma parcela do montante da indemnização que caberá aos membros da classe em caso de ganho da causa ou de transação.

Por outro lado, opera-se uma transferência do risco do litígio do membro da classe para o advogado. O risco é, na verdade, alocado num sujeito que reúne melhores condições para o gerenciar, sobretudo, por duas razões: especialização e diversificação.¹²¹

A especialização fundamenta-se em razões de economia de escala – o número de demandantes –, as quais justificam a especialização dos advogados num determinado caso específico e, em razões economia de escopo – as *skills* dos advogados – que, por sua vez, justificam que os advogados se especializem estrategicamente em determinados litígios coletivos.¹²²

Por seu turno, a diversificação decorre do facto de o advogado da classe ter incentivos e capacidade para gerir uma diversidade de riscos, os quais, na globalidade, diminuem o risco médio ou, dito de outra forma, permitem a agilização da distribuição do risco entre uma diversidade de casos. Assim, o advogado surge como um portador adequado do risco por decorrência, por um lado, das suas competências e experiência em relação à situação litigiosa e, por outro lado, por decorrência da sua capacidade de gerir e distribuir o risco entre uma panóplia diversificada de casos.¹²³

O advogado assume o risco do litígio na expectativa de receber uma fração da indemnização devida aos lesados em caso de sucesso da ação ou de transação, fração essa cujo montante deverá superar o valor dos custos em que incorreu com o processo pois, só desta forma, atraído pela obtenção de lucro, é que o advogado se move para antecipar as despesas do litígio, suportar o risco e conduzir o processo.¹²⁴

A solução de permitir a um advogado empreendedor a representação dos membros da classe motivado por um sistema de incentivos assente nas «*contingency fees*», não obstante, de poder ser perspectivada como um modo positivo de superar as

¹²¹ Neste ponto seguimos muito de perto, pela simultânea clareza e completude da explanação, DORIAT- DUBAN, Myriam; FERREY, Samuel e HARNAY, Sophie, *op. cit.*, pp. 37 e 38.

¹²² ALEXANDER, Janet Cooper, *An Introduction (...)*, *op. cit.*, pág. 2, “Class actions work by creating incentives for lawyers to bring private enforcement actions. Though individuals’ damages are too small to make a lawsuit worthwhile, a class action can aggregate many claims so that there is a significant total amount at stake - enough to make litigation economically feasible. The potential class recovery is large enough to cover a reasonable attorney’s fee. Thus, it becomes profitable for lawyers to specialize in class action litigation (...).”

¹²³ *Ibidem.*

¹²⁴ DORIAT- DUBAN, Myriam, FERREY, Samuel e HARNAY, Sophie, *op. cit.*, p. 39, “Regardless of who the best risk bearer may be, they will only support the risk of a class action if the expected gains exceed the incurred costs. Thus, lawyers (...) have incentives to initiate a class action only if they can appropriate part of the benefits if the case is successful. The contingency fees reward system”; COROMINAS BACH, Sergi, *Procesos colectivos y legitimación (...)*, *op. cit.*, p. 192.

dificuldades relacionadas com as debilidades económicas ou técnicas dos indivíduos lesados que os desestimulam a propor a ação coletiva ou com o tendencial fenómeno do *free-riding*, não deixa de suscitar perplexidades.

Entre o advogado que representa os interesses da classe em tribunal – o “agente” – e a classe de sujeitos lesados – o “principal” – estabelece-se uma relação de agência. O principal delega contratualmente no agente o poder de representar na lide os interesses da classe em troca de um determinado *quantum*, no caso, uma percentagem do montante indemnizatório atribuído aos reivindicantes.

Em princípio, o agente deverá orientar o seu comportamento tendo sempre em vista o melhor interesse do principal que, no caso, redonda na melhor prossecução dos interesses dos membros da classe.

Sucedem, porém, que, não raras vezes, se assiste a uma incongruência entre o comportamento adotado pelo agente e o comportamento que ele deveria adotar para a consecução do propósito para que foi contratado: a defesa dos interesses da classe. Em vez de orientar a sua conduta no sentido da melhor defesa dos interesses da classe, o agente atua em prol de um benefício próprio, fundamentando a sua atuação em objetivos estritamente pessoais. Assiste-se, pois, a um conflito de interesses entre o principal e o agente chamando-se à colação o designado problema do agente principal ou conflito de agência.

O interesse do advogado da classe traduz-se, naturalmente, na ampliação dos seus honorários, ao passo que, o interesse da classe radica na maximização do montante indemnizatório líquido a auferir (o montante da indemnização deduzido das despesas processuais e custas judiciais). Estes interesses podem, não raro, conflitar.¹²⁵

A solução para este conflito de interesses, por forma a garantir-se o alinhamento entre o comportamento do advogado e o interesse da classe, residiria na adoção de um sistema de monitorização do comportamento do agente, isto é, no adequado acompanhamento do comportamento do advogado da classe por parte do representante desta.¹²⁶

Porém, esta solução revela-se inexecutável nas ações coletivas. Da mesma forma que nenhum membro classe detém uma reivindicação que revista uma expressão económica suficiente para justificar, do ponto de vista da racionalidade económica, a propositura de uma ação individual, nenhum membro da classe terá disponibilidade

¹²⁵ ALEXANDER, Janet Cooper, *An introduction (...)*, *op. cit.*, p. 17.

¹²⁶ DORIAT- DUBAN, Myriam; FERREY, Samuel e HARNAY, Sophie, *op. cit. loc. cit.*, p. 39.

económica que justifique os elevados custos de agência, isto é, os custos de monitorização da atuação do advogado da classe, por forma a garantir-se que tal atuação é coincidente com os interesses da classe.¹²⁷

Na ausência desta monitorização, a ação de classe encoraja o advogado da classe a conduzir o processo de forma oportunista, optando por pôr termo ao litígio por transação, a qual, nem sempre sendo vantajosa para os membros da classe, lhe proporciona maiores benefícios económicos.¹²⁸

O advogado da classe tem incentivos para procurar resolver o litígio por acordo, quer porque a prossecução do processo acarreta mais custos, um maior dispêndio de tempo e mais trabalho, quer porque aumenta o risco de perda da causa. A perda da causa significa, por um lado, que o advogado da classe não obterá o reembolso pelas despesas em que incorreu com o processo, nem auferirá os honorários pelo trabalho e pelo tempo dedicado ao caso e, por outro lado, em virtude da publicidade que normalmente está associada às ações coletivas, acarreta consequências negativas para a sua reputação.

Embora fosse possível afirmar que, prosseguindo para o julgamento, o advogado da classe poderia obter um maior montante indemnizatório, o que seria benéfico não só para os membros da classe, como também para ele auferindo maiores honorários, este argumento não é convincente. Pois, se é verdade que através do julgamento é maior a probabilidade de obtenção de um montante indemnizatório superior aumentando, concomitantemente, os honorários do advogado, menos verdade não é que este, por um lado, perceberá apenas uma pequena parcela do aumento da indemnização e, por outro lado, se expõe a um maior risco de perda da ação e, conseqüentemente, a um maior risco de não auferir qualquer valor a título de honorários. A transação minora este risco e garante ao advogado da classe uma compensação.¹²⁹

As «*class actions*» acarretam, portanto, o perigo de se tornarem veículos para o enriquecimento dos advogados. Os advogados da classe têm interesse em aumentar o número e a diversidade dos litígios coletivos, iniciando ações que, de outra forma, não raro, não seriam levadas a juízo, na expectativa de obterem um montante avultado de

¹²⁷ BRUNET, Edward, *Class actions objectors: extortionist free riders or fairness guarantors*, in *UCLF*, Vol. 2003, Issue 1, 2003, p. 405; RUSSEL, Tiana Leia, *Exporting class actions to the European Union*, *BUIJL*, Vol. 28, Issue 1, 2010, p. 148.

¹²⁸ RUSSEL, Tiana Leia, *Exporting class (...)*, *op. cit.*, pp. 148 e 149; STADLER, Astrid, *European Developments in Collective Redress*, in *EuCML*, Vol. 3, Issue 2, 2014, p. 87.

¹²⁹ ALEXANDER, Janet Cooper, *An introduction (...)*, *op. cit.*, pp. 17 e 18.

honorários. Os litígios coletivos convolvam-se, assim, numa forma de empreendedorismo jurídico.

De todo o modo, este sistema de financiamento das «*class actions*» nunca poderia ser transposto para o sistema europeu-continental de ações coletivas. Por um lado, porque vigora o princípio da proibição da *quota litis* mediante o qual se proíbe o condicionamento dos honorários dos advogados ao sucesso da causa. E, por outro lado, porque vale o princípio da reintegração integral do dano, isto é, os lesados deverão receber um montante indemnizatório correspondente ao dano sofrido. Caso vigorasse um sistema de «*contingency fees*», a indemnização seria sempre inferior aos danos efetivamente sofridos pelos lesados, pois, em caso de ganho da causa, uma dada percentagem do montante indemnizatório determinado pelo tribunal reverteria para o ente que haja financiado a ação.¹³⁰

1.1.2. Modelo de «ação de grupo»

Segundo o modelo de «ação de grupo» («*group action*»), a iniciativa de levar a causa a tribunal cabe conjuntamente a uma multitude de sujeitos individuais lesados por uma determinada conduta lesiva, *rectius*, a legitimidade processual radica no «grupo de lesados», falando-se em «legitimidade de grupo».¹³¹

¹³⁰ Com a mesma observação, COROMINAS BACH, Sergi, *Procesos colectivos (...), op. cit.*, pp. 192 e 193; CAFFAGI, F. e MICKLITZ, H.-W., *Collective Enforcement of Consumer Law: A Framework for Comparative Assessment*, in *ERPL*, Vol. 16, 2009, p. 391.

¹³¹ Este modelo de legitimidade encontra positivação no ordenamento jurídico espanhol.

O artigo 11.2, *in fine* da LEC confere legitimidade aos “*proprios grupos de afectados*” quando os interesses objeto de tutela sejam interesses individuais homogêneos – “*cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables*”.

Em conformidade com o artigo 6.1.7 da LEC os “*grupos de afectados*” apenas podem ser parte no processo se reunirem cumulativamente alguns requisitos. Em primeiro lugar, é necessário que os membros integrantes do grupo sejam consumidores ou usuários. Em segundo lugar, os sujeitos que integram o grupo devem estar determinados ou ser facilmente determináveis, o que significa que o processo se deve destinar à proteção de interesses individuais homogêneos. Por fim, o legislador espanhol impõe um requisito quanto à composição do grupo, exigindo que este seja constituído pela maioria dos sujeitos lesados.

Este último requisito – a composição do grupo pela maioria dos sujeitos lesados – não é imune a críticas pela doutrina. Tem-se entendido que o pressuposto processual da personalidade judiciária não deveria estar dependente da composição do grupo pela maioria dos lesados e, tão pouco, o critério da maioria deveria influir na capacidade judiciária do grupo de lesados, porquanto, a representação na lide do grupo de lesados não pertencerá a tal maioria, mas às “*personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros*”, como resulta do artigo 7.7. da LEC. O requisito da maioria não teria o sentido de determinar a válida constituição do grupo, sujeitando-a à aquiescência da maioria dos sujeitos lesados mas, em bom rigor, constituiria uma condição de garantia da idoneidade da representação

É dizer, a ação é intentada conjuntamente por uma pluralidade de indivíduos que alegam ter sido prejudicados por uma determinada conduta lesiva, sendo a ação coletiva subjetivamente conformada, no polo ativo, por uma pluralidade de demandantes que pretendem submeter as respetivas reivindicações a um tratamento processual conjunto, exercitando-se uma única pretensão e autonomizando-se o «grupo de lesados» como sujeito processual.¹³²

Este fenómeno de coletivização processual identifica-se com uma litigância em grupo mediante a agregação de uma pluralidade de reivindicações individuais num único procedimento, porquanto, se agregam numa única ação uma pluralidade de reivindicações semelhantes tituladas por diferentes indivíduos que voluntariamente se agrupam para levar a juízo a defesa de determinados interesses individuais homogéneos.¹³³

O grupo de sujeitos não está previamente constituído e organizado no momento da prática do facto lesivo, como sucede com as pessoas coletivas, derivando o seu surgimento do consenso dos indivíduos lesados *ex post facto* lesivo. É, pois, característica essencial de um «grupo de lesados» a ausência *a priori* de uma organização ou, dito de outro modo, a sua constituição aposteriorística, dado que, apenas emergem como

dos interesses dos indivíduos lesados ausentes do processo, fazendo depender a propositura da ação da vontade expressa da maioria dos lesados pertencentes ao grupo (neste sentido, *vide* por todos, SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, p. 142).

Sobre a «legitimidade de grupo» em Espanha, veja-se, ORTELLS RAMOS, Manuel, *Tutela colectiva y petición colectiva de tutelas individuales conexas em el proceso civil español. Las normas y su aplicación*, in *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil*, Thomson Reuters: ARANZADI, 2019, pp. 58 e 59; GUTIÉRREZ CABIEDES, Pablo, *Acciones colectivas: Pretensiones y legitimación*, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, *et. al. (coord.)*, Marcial Pons, 2018, pp. 54 e 55; COROMINAS BACH, Sergi, *Procesos colectivos (...)*, *op. cit.*, pp. 71 a 73; SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, pp. 134 a 149.

Ao nível da ordem jurídica comunitária, a Recomendação da Comissão de 11 de Junho de 2013 recomendou, a par de uma ação representativa, a consagração de ações de grupo, definindo-as como aquelas que podem ser interpostas conjuntamente por quem alegue ter sofrido um dano (*Cfr.*, (2013/396/EU), ponto 17).

¹³² PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *Acciones Colectivas y salud*, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, *et. al. (coord.)*, Marcial Pons, 2018, p. 343, GARGALLO expressa que quando se fala em “grupo ou grupos de afectados” “se trata, pues, de un supuesto de legitimación en que la parte es el grupo mismo, ejercitando una única pretensión (...)”; MARTÍN PASTOR, José, *Las técnicas de reparación judicial colectiva (...)*, *op. cit.*, p. 53; MAGGIO, Ida Carla, *op. cit.*, 2017, p. 1243.

¹³³ HAMUL’ÁKOVÁ, Klára, *Opt-Out Systems in Collective Redress: EU perspectives and Present Situation in the Czech Republic*, in *HJLS*, Vol. 59, Issue 1, 2018, p. 95; MARTÍNEZ SANTOS, Antonio, *Eficacia transfronteriza de las resoluciones recaídas como consecuencia del ejercicio de acciones colectivas y de las transacciones alcanzadas em procesos colectivos*, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, *et. al. (coord.)*, Marcial Pons, 2018, p. 275; ROSALES ÁNCHEZ, Juan José, *Introducción a las acciones colectivas*, in *Acciones colectivas: reflexiones desde la judicatura*, CASTILLO GONZÁLEZ, *et. al. (coord.)*, Editora Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 22.

consequência do facto que produz o dano e com o objetivo imediato de tutelar os interesses que se geraram em virtude desse mesmo facto danoso.¹³⁴

Possibilita-se, como tal, que um grupo de indivíduos determinados, desprovido de uma organização e não dotado de personalidade jurídica, mas que haja sido alegadamente lesado por uma determinada conduta ilícita, prossiga em juízo a defesa dos seus interesses, cuja homogeneidade e origem comum justificam o seu tratamento processual coletivo.

Assim, quando aludimos ao «grupo de lesados» como ente processual referimos a um ente sem personalidade jurídica, que resulta do acordo de vontades de um conjunto de indivíduos os quais, em virtude de terem sofrido uma lesão num bem de pertença individual em consequência de um mesmo ou semelhante facto lesivo, são titulares de interesses individuais homogêneos.¹³⁵

O grupo surge, pois, por mera ocasião da necessidade de tutela desses interesses individuais homogêneos que têm a sua origem na conduta lesiva que dá causa à situação jurídica litigiosa e a sua constituição permanecerá apenas pelo período temporal necessário à composição do litígio.

Contudo, não pode deixar de se reconhecer que, precisamente porque os grupos de lesados são constituídos após a ocorrência do facto lesivo e por mera ocasião deste e são desprovidos de uma estrutura organizativa prévia e de um determinado suporte financeiro, não beneficiam de determinadas características (v.g., experiência em litígios coletivos) tidas como um pressuposto de credibilidade, seriedade e empenho na defesa dos interesses do conjunto dos sujeitos lesados.

Para obviar a tal circunstancialismo crê-se que, do mesmo modo que se faz depender a legitimidade das associações para propor uma ação coletiva da observância de determinados critérios objetivos, o reconhecimento da legitimidade processual ativa

¹³⁴ GARGALLO, Andrea Planchadell, *Acciones Colectivas (...)*, op. cit. loc. cit., p. 343; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo e CAVIEDES, Hidalgo de, *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales Colectivos y Difusos*, ARANZADI Editorial, 1999, p. 312; SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, op. cit., p. 142.

¹³⁵ SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, op. cit., nota de rodapé n.º 165, pp. 134 e 135, de forma certa a Autora define o “grupo de afectados” como “um ente sin personalidad jurídica, nacido del consenso de un conjunto de sujetos que, como consecuencia del padecimiento de un idéntico o semejante hecho dañoso, ostentan la titularidad de unos intereses cuya homogeneidad y origen común permite que puedan ser enjuiciados en un proceso único”; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Acciones colectivas (...)*, op. cit., p. 55, o Autor afirma que têm legitimidade para o exercício de ações de reparação, ressarcimento ou indemnização de danos e prejuízos individuais plurais homogêneos os “grupos de afectados” definindo-os como “un conjunto temporal de personas determinadas lesionadas por el mismo hecho dañoso, carente como tal de personalidad jurídica propia (...)”.

aos grupos de lesados deverá estar igualmente subordinada à observância de determinados critérios objetivos.¹³⁶

Com a fixação de tais critérios pretende-se, por um lado, conferir uma garantia de seriedade e empenho na prossecução dos interesses concretamente em causa na situação jurídica litigiosa e, por outro lado, garantir a representatividade adequada do grupo de lesados.

Ademais, como bem é sublinhado por GUTIÉRREZ de CABIEDES e CAVIEDES, a tutela de direitos ou de interesses legalmente protegidos não pode estar dependente da qualidade do sujeito que atua em juízo, nem tampouco se pode exigir que um determinado grupo de indivíduos se organize formalmente para que os seus interesses sejam tuteláveis.¹³⁷

Sonegar a proteção dos interesses individuais homogêneos pela não pré-constituição grupo de lesados como pessoa coletiva, constituiria um grave obstáculo ao acesso à justiça e à tutela jurisdicional daquela categoria de interesses.

Com a inexigibilidade da existência de uma organização com personalidade jurídica para que os interesses individuais homogêneos sejam jurisdicionalmente tuteláveis perde-se em formalidade, o que se ganha em efetividade da tutela jurisdicional com a atribuição de legitimidade processual ativa a grupos informais que se formam ocasionalmente para a defesa de determinados interesses individuais homogêneos.¹³⁸

Os grupos de lesados estão, pela sua natureza, privados de atuar *per se* em juízo, necessitando de ser representados em juízo por um ente que assuma a veste de «porta-voz» dos interesses do grupo, chamando-se à colação o instituto da representação judiciária.¹³⁹

O grupo de lesados carece, portanto, de ser representado em juízo, impondo-se a necessidade de determinar a quem caberá a função de defender no processo os interesses

¹³⁶ No mesmo sentido e referindo que tal foi a opção do legislador espanhol ao exigir que a constituição do grupo de lesados como grupo processual ficasse dependente de tal grupo reunir a maioria dos lesados, *vide* por todos, COROMINAS BACH, Sergi, *Procesos colectivos (...)*, *op. cit.*, p. 182.

¹³⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo e CAVIEDES, Hidalgo de, *La Tutela Jurisdiccional (...)* *op. cit.*, p. 301.

¹³⁸ Na doutrina nacional, TEIXEIRA DE SOUSA defende a atribuição de legitimidade ativa a “grupos informais” que se formam ocasionalmente para a defesa de um interesse difuso lesado ou ameaçado, argumentando que o que se poderia ganhar, quanto à seriedade colocada nos propósitos de conceder legitimidade a associações dotadas de personalidade jurídica, seria o que se poderia perder em espontaneidade e mobilização informal para a defesa de um interesse difuso lesado ou ameaçado (*Cfr.*, TEIXEIRA de SOUSA, Miguel, *A Legitimidade (...)*, *op. cit.*, pp. 200 e 201).

¹³⁹ Sobre a representação judiciária, veja-se, TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, LEX, 1995, pp. 28 e 29.

do grupo. Deverá o representante do grupo ser tacitamente designado ou, haverá antes de proceder-se a uma designação expressa de tal representante? Ou, poderá, ainda, conferir-se ao juiz a tarefa de designar casuisticamente o representante do grupo?

Na primeira hipótese, o representante seria um dos membros do grupo, o qual viria a atuar *de facto* como «porta-voz» dos interesses do grupo, sendo a sua atuação tacitamente consentida pelos demais sujeitos lesados componentes do grupo. Por sua vez, na segunda hipótese, exigir-se-ia a designação expressa do representante, a qual envolveria uma declarada manifestação de vontade dos membros do grupo relativamente à nomeação de um determinado sujeito para a defesa no processo dos interesses do grupo.¹⁴⁰

Na terceira hipótese, o representante do grupo seria nomeado pelo juiz, o que significa incumbir o juiz do dever de selecionar o sujeito, membro do grupo de lesados, com maior aptidão para defender na lide os interesses do grupo, o que implica a atribuição ao juiz de um amplo poder de discricionariedade.¹⁴¹

1.1.3. Modelo de «ação representativa»

O modelo de «ação representativa» é o modelo tipicamente europeu de tutela coletiva, porquanto, representa a tradição jurídica das instâncias europeias no que tange à atribuição de legitimidade para agir nas ações coletivas. No mais, e por evidente influência do direito europeu, é o modelo que encontra consagração, ainda que de forma não exclusiva, na maioria dos Estados-Membros.¹⁴²

¹⁴⁰ A este propósito, tendemos a ser favoráveis com a posição de SANDE MAYO, “Por lo que la promesa de las modalidades aludidas concierne, dado que la constitución de dichos grupos es *ad hoc* – tras la comisión del hecho danoso -, no puede hablarse, em sentido estricto, de una atividade previa assumida por um representante que venga actuando em nombre del grupo frente a terceros. (...) Lo que cabe esperar, em tanto que el grupo carece de organización previa, será que la única actuación de hecho que pueda llevar a cabo el «representante», sea la referida a la interposición de la demanda em nombre del grupo de afectados. Por conseguinte, tan sólo resultaría factible a estos efectos la segunda de las posibilidades indicadas, esto es, el nombramiento, uma vez se haya constituido el grupo, de um gestor colectivo que actúe em representación de sus intereses” (SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, pp. 145 e 146).

¹⁴¹ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *Las «acciones colectivas» en el ordenamiento jurídico español. Um estudio comparado*, tirant to blanch, Valencia, 2014, p. 90; SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, p. 146; COROMINAS BACH, Sergi, *Procesos colectivos (...)*, *op. cit.*, p. 182.

¹⁴² Referindo que apenas em alguns ordenamentos jurídicos se confere legitimidade processual ativa exclusivamente às organizações e aos organismos públicos independentes e que, no mais, se assiste a uma tendência, na prática, para reservar os casos mais complexos, por dificuldades de gestão ou em que

À luz do Direito da União Europeia, a ação coletiva diz-se «*ação representativa*» sempre que é intentada por uma «entidade qualificada»¹⁴³, isto é, por qualquer *organização*, de *natureza privada*, *previamente designada* ou *constituída ad hoc*, ou por *organismo público* que representem os interesses dos consumidores (itálico nosso).¹⁴⁴

In limine, cumpre salientar que, embora o legislador europeu haja definido o termo «entidade qualificada», não se vislumbra de entre atos legislativos da União Europeia qualquer definição do termo «organização» o qual mobiliza para designar uma espécie de «entidade qualificada». Perante a vaguidade do termo, cremos que se possa considerar que através dele o legislador europeu quis referir-se a todos os entes de natureza privada, detentores ou não de personalidade jurídica, nomeadamente, associações, fundações, cooperativas, sindicatos.

A nosso ver, parece ser esta a solução que melhor se coaduna com o cunho protetivo dos atos legislativos da União Europeia que versam sobre a matéria das ações representativas. Privilegiamos, por isso, uma conceção ampla por entendermos que a limitação do âmbito de entidades legitimadas a um núcleo restrito resultaria prejudicial para a tutela dos interesses dos consumidores lesados, porquanto, se poderia repercutir numa menor probabilidade da propositura daquelas ações.

1.1.3.1. Entidades qualificadas previamente designadas

As entidades qualificadas de natureza privada emergem no panorama europeu como sujeitos privilegiados aos quais é reconhecida legitimidade para a propositura de ações judiciais com vista à proteção dos interesses de uma pluralidade de consumidores lesados por uma conduta danosa perpetrada por um comerciante.¹⁴⁵

são maiores os riscos de abuso, para estes entes, *vide*, NAGY, Csongor István, *Collective Actions (...)*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁴³ *Cfr.*, Artigo 3.º, (3a) da «Proposta de Diretiva».

¹⁴⁴ RUSSEL, Tiana Leia, *Exporting class actions to the European Union*, disponível em *in BUILJ*, Vol. 28, Issue 1, 2010, p. 176; LAHUERTA, Sara Benedi, *Enforcing EU Equality Law through Collective Redress: Lagging behind?*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3348079 (último acesso a 22 de Maio de 2020), p. 4; VOET, Stefaan, *The crux of the Matter (...)*, *op. cit.*, p. 5; BIAVATI, Paolo, *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione europea*, in *RTDPC*, Ano LXII, n.º 4, 2008, p. 1381.

¹⁴⁵ Assim sucede, nomeadamente, na França e na Bélgica.

Na França, as *actions de groupe*, em qualquer dos setores em que são permitidas, são levadas aos tribunais por associações. Veja-se:

As entidades privadas qualificadas previamente designadas legitimadas para a propositura da ação coletiva devem estar estatutariamente habilitados para a proteção de determinados interesses – os interesses constitutivos do pressuposto objetivo da tutela coletiva –, sendo que, a sua legitimação encontra fundamento na existência de uma relação de pertinência material entre os interesses que se visam proteger na ação coletiva e as finalidades estatutárias dos entes legitimados.¹⁴⁶

Não cremos, todavia, que se deva propugnar um entendimento reducionista acerca da relação entre os interesses que se pretendem defender na ação coletiva e as finalidades estatutárias ou institucionais dos entes.

Quer-se dizer, não se crê que deva constituir pressuposto de legitimidade a exigência de que a finalidade estatutária da entidade compreenda especificamente a proteção de interesses individuais homogêneos. Tal exigência revelar-se-ia demasiadamente vaga, nomeadamente, por desprezar a alusão ao âmbito material em que aqueles interesses se inseririam.¹⁴⁷

O que se reputa essencial é que o objetivo estatutário da entidade corresponda, de forma clara, ao desígnio de tutela de determinados interesses enucleados num específico setor jurídico no qual, por sua vez, se inserem os interesses individuais homogêneos que se visam proteger numa determinada ação coletiva e que essa tutela constitua o fim primacial ou, pelo menos, um dos seus fins principais da entidade.

- nos litígios relativos ao direito dos consumidor e ao direito da concorrência é atribuída legitimidade para agir a associações de defesa do consumidor independentes e representativas a nível nacional (*vide*, artigos L.623-1, L.811-1 e L.811-2 do C. Con.;

- as ações coletivas no setor da saúde podem ser intentadas por associações autorizadas de usuários do sistema de saúde que (i) exerçam uma atividade no domínio da qualidade da saúde e do cuidado dos doentes, (ii) exerçam uma atividade efetiva e pública para a defesa dos direitos das pessoas doentes e utentes do sistema de saúde, (iii) representativas a nível nacional ou local e (iv) independentes (*vide*, artigos L.1143-2 e L. 1114-1 do CSP);

- a *Loi* n.º 2016-1557 de *modernization de la justice du 21e siècle* ampliou a aplicação das ações coletivas ao setor da privacidade e proteção de dados pessoais, do meio ambiente, das práticas discriminatórias, atribuindo legitimidade para agir a associações aprovadas e que exerçam atividade há, pelo menos, cinco anos e cujo objeto estatutário inclua a defesa dos interesses lesados no contexto dos referidos domínios (*vide*, artigo 63.º da referida lei).

Na Bélgica, apenas associações de defesa dos interesses dos consumidores com personalidade jurídica e associações com (i) personalidade jurídica, (ii) sem fins lucrativos, (iii) cujo objeto social esteja diretamente relacionado com o dano coletivo sofrido pelo grupo e (iv) que exerça atividade há, pelo menos três anos, a data em que intentou a ação coletiva de indemnização (*vide*, artigo XVII.39 do CDE).

¹⁴⁶ BACH, Sergio Corominas, *Procesos colectivos (...)*, *op. cit.*, p. 184; ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, pp. 162 e 163; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo e CAVIEDES Hidalgo de, *op. cit.*, p. 225.

¹⁴⁷ Para uma crítica à nova disciplina da *azione di classe* italiana, a qual prevê como requisito de elegibilidade das organizações ou associações que o objetivo estatutário destas compreenda especificamente a tutela dos direitos individuais homogêneos (artigo 849-bis, n.º 2 do CPC It.), *vide* por todos, AMADEI, David, *op. cit.*, pág. 1053.

O modelo assente no reconhecimento de legitimidade para a propositura de ações judiciais de natureza coletiva a entidades qualificadas privadas está envolto por diversas virtualidades, tanto mais quando cotejado com os modelos precedentemente expostos.

Como nota preliminar não podemos deixar de evidenciar que a atuação destas entidades não se norteia pela defesa de interesses próprios ou, no caso das associações, fundações e sindicatos, dos interesses dos seus associados, fundadores e filiados, antes se movendo para a defesa dos interesses de todos os sujeitos lesados pela conduta ilícita e danosa.

O *leitmotiv* para a proposição da ação coletiva pelas entidades privadas qualificadas reside na defesa dos interesses de uma determinada categoria de sujeitos lesados, porquanto esses interesses correspondem materialmente ao seu fim estatutário.

Ademais, a defesa de tais interesses não representa tão só a razão decisiva para a propositura da ação, como constitui o filão fundamentador da atuação das entidades ao longo de todo o *iter* procedimental.

Assim, ao invés do que sucede no modelo de legitimidade de base individualista, o *prius* na condução processual não reside no interesse pessoal do membro individual representante da classe ou do seu advogado, mas no interesse dos sujeitos lesados globalmente considerados. Os interesses destes sujeitos correspondem ou sobrepõem-se ao objetivo estatutário ou institucional da entidade qualificada ou do organismo público independente, pelo que, a ação coletiva vai ao encontro da sua *ratio essendi*.¹⁴⁸

Este dado não é inócuo. Um modelo de legitimidade processual ativa assim delineado possibilita o afastamento dos potenciais conflitos de interesses entre o representante da classe e os demais membros da classe e entre os interesses do advogado da classe e os interesses dos membros da classe, ao mesmo tempo que proporciona uma defesa mais porfiada dos interesses dos lesados, por que mais séria, empenhada e desprendida de qualquer interesse divergente dos interesses dos sujeitos lesados.¹⁴⁹

¹⁴⁸ VOET, Stefaan, *Cultural Dimensions of Group Litigation: The Belgian case*, in *GJICL*, Vol. 41, Issue 2, 2013, p. 458.

¹⁴⁹ Em sentido contrário, entendendo que os entes representativos, tal como os sujeitos individuais, podem perfilhar interesses suscetíveis de refletir considerações ideológicas não compatíveis com os interesses da classe, *vide*, TEDIOLI, Francesco, *La class action alla italiana: alcuni spunti critici in attesa del preannunciato intervento di restyling*, in *Obbligazioni i Contratti*, fasc. 10, 2008, p. 842, nota de rodapé n.º 49; e, em especial, ISSACHAROFF, Samuel e MILLER, GEOFFREY P., *Will Aggregate Litigation Come to Europe?*, in *VLR*, Vol. 62, 1, 2009, p. 194, “We may assume that consumer organizations are staffed by people who conceive of themselves as dedicated to the cause of consumer protection. But even dedicated and idealistic people may not act as faithful champions when their guiding principles do not overlap with the interests of those they are assigned to represent. The loyalty of consumer

Os processos de natureza coletiva são processos de grande complexidade e de elevada tecnicidade, não só porque levam implicadas questões que envolvem uma larga numerosidade de sujeitos, como pela necessidade de proteger idoneamente os interesses dos sujeitos lesados ausentes na lide.

A condução da ação coletiva, pela sua complexidade e tecnicidade, pode revelar-se uma tarefa excessivamente pesada para um sujeito individual, o que constituiu um dos fatores de desincentivo para a propositura da ação, nomeadamente, tendo em conta a morosidade e o impacto psicológico de um processo judicial coletivo.¹⁵⁰

Ademais, na esmagadora maioria das situações litigiosas a relação entre os sujeitos processuais tende a caracterizar-se por um desequilíbrio. Os demandados são, em regra, litigantes habituais, detentores de experiência em litígios passados semelhantes e com capacidade financeira o que lhe proporciona uma posição vantajosa no processo em relação ao sujeito individual, que tende a ser um litigante ocasional com poucos recursos económicos e diminuta capacidade técnica.

Estes problemas são amplamente obstaculizados quando o demandante é uma entidade qualificada, nomeadamente, porque esta é dotada de uma estrutura organizatória e técnica, apresentando-se, *prima facie*, como um sujeito dotado de melhores condições para assegurar uma defesa mais robusta dos interesses dos sujeitos lesados na lide.

Além da capacidade organizatória e técnica, as entidades qualificadas beneficiam de experiência significativa em ações coletivas, o que as torna sujeitos aptos

organizations to class member interests depends, to an extent, on a legal issue: Are the organizations in question entitled under a given country's law to sue on behalf of all consumers, or is their representational status limited to their own membership? If the organization can sue on behalf of all consumers, whether or not they are members of the organization, substantial agency problems can arise. The interests of nonprofit consumer organizations may reflect ideological considerations that may not necessarily coincide with the economic interests of consumers. Suppose, for example, that an organization empowered to act as a class representative is committed to environmental protection noble aspiration, but not one necessarily consonant with the interests of a class of consumers who desire competitively priced products. If this organization selects cases and litigation strategy on the basis of environmental considerations going easy, let's say, on companies that donate money to Greenpeace while vigorously pursuing companies that produce genetically modified crops—the enforcement of consumer interests would be skewed in ways that do not necessarily reflect the interests of consumers as a whole, who might prefer cheaper prices to greener products”.

No entanto, a título de contra-argumentação VOET salienta que a existência mecanismos suscetíveis de prevenir os eventuais conflitos de interesses, nomeadamente, através de mecanismos de autorregulação da função e do comportamento dos entes representativos. Podemos encontrar um exemplo paradigmático na Holanda onde vigora o *Claim Code*, o qual constitui uma espécie de código de ética e de conduta integrando princípios sobre responsabilidade e governança dos entes representativos, por forma a garantir a transparência da sua atuação (Cfr., VOET, Stefaan, *Cultural Dimensions of Group Litigation (...)*, *op. cit.*, p. 464).

¹⁵⁰ VOET, Stefaan, *Cultural Dimensions (...)*, *op. cit.*, p. 459; ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit.*, pág. 231; COROMINAS BACH, Sergio, *Procesos colectivos (...)*, *op. cit.*, p. 181.

para investigar as situações de danos em massa, avaliar os riscos dos processos e ter um maior poder de negociação.¹⁵¹

Nos ordenamentos jurídicos europeus onde a legitimidade para a propositura da ação coletiva tende a ser atribuída a entidades qualificadas, o balanço geral acerca da sua atuação é verdadeiramente positivo, apontando-se a defesa vigorosa dos interesses da pluralidade dos sujeitos lesados.¹⁵²

De mais a mais, e de sobremaneira relevante, o financiamento da ação coletiva é mais fácil quando o demandante é uma entidade privada qualificada, na medida em que dispõem de contribuições, subsídios ou outros rendimentos ou beneficia da assistência jurídica gratuita.¹⁵³

Se o demandante é um sujeito individual, isso significa que o litígio será por ele financiado. Destarte, do ponto de vista lógico e económico, não podemos deixar de reconhecer a incoerência da solução de atribuir a um sujeito individual o poder de levar a juízo uma ação coletiva.

O processo coletivo fundamenta-se, designadamente, na premissa de que os elevados custos económicos do processo impedem os sujeitos lesados de agir isoladamente para a defesa dos seus interesses e para a obtenção da reparação por prejuízos sofridos. Ora, considerando que uma ação coletiva envolve maiores encargos, parece paradoxal atribuir ao sujeito individual a incumbência de suportar esses encargos por natureza mais elevados, gerando-se o efeito oposto ao que, em *ultima ratio*, se pretende almejar com a coletivização de litígios: a facilitação do acesso à justiça.¹⁵⁴

Para além da ilogicidade desta solução, não se pode ignorar a dificuldade que se terá para encontrar um sujeito disposto a litigar individualmente para a defesa de um interesse próprio e simultaneamente para a defesa de interesses individualmente titulados por uma pluralidade de sujeitos, suportando todos os custos inerentes ao processo judicial e o risco de não ser deles reembolsado e, ainda, de ter de suportar os encargos do processo

¹⁵¹ STADLER, Astrid, *European Developments in Collective Redress*, in *EuCML*, Vol. 2, Issue 1, 2014, p. 86; COROMINAS BACH, Sergio, *op. cit.*, pág. 184; VOET, Stefaan, *European Collective Redress (...)*, *op. cit.*, pág. 9.

¹⁵² VOET, Stefaan, *Cultural Dimensions (...)*, *op. cit. loc. cit.*, p. 464.

¹⁵³ *Ibidem*; ISSACHAROFF, Samuel e MILLER, Geoffrey P., *op. cit.*, p. 199; ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit.*, p. 232; LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Un proceso sin interesados (...)*, *op. cit.*, p. 114.

¹⁵⁴ No mesmo sentido, GIUSSANI, Andrea, *Il nuovo (...)*, *op. cit.*, pp. 595 e 596; VOET, Stefaan, *Cultural Dimensions (...)*, *op. cit.*, p. 465; FIORIO, Paolo, *La nuova azione di classe (...)*, *op. cit.*, pp. 13 e 14; CONSOLO, Claudio, BUZZELLI, Paolo e BONA, Marco, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, IPSOA, 2008, p. 174.

em que incorreu a contraparte vencedora em caso de sucumbência da ação, por força do princípio do perdedor pagador prevalecente na generalidade dos países de *civil law*.

A atribuição da legitimidade para a agir a entidades qualificadas poderá, neste sentido, contornar o desestímulo dos indivíduos para a prossecução da ação. A ação coletiva será iniciada, conduzida e custeada pela entidade qualificada, possibilitando-se a litigância de controvérsias que com significativa probabilidade de outro modo não seriam levadas a juízo.¹⁵⁵

Além disso, o próprio financiamento do litígio pela entidade qualificada constitui um forte indício da sua seriedade e empenhamento na defesa dos interesses dos sujeitos lesados, o que inculca nesses sujeitos um sentimento de confiança na atuação da entidade na lide.

No entanto, apesar de as entidades qualificadas apresentarem, à partida, melhores condições para o financiamento da ação coletiva em relação ao sujeito individual, não podemos ignorar que as mesmas podem também suportar agudas dificuldades neste plano, o que pode comprometer a sua independência financeira e, conseqüentemente, a viabilidade da propositura das ações coletivas.¹⁵⁶

Nos termos das regras tradicionais, as entidades qualificadas não obtêm financiamento através do próprio litígio. Caso a entidade qualificada demandante saia vitoriosa, o montante indemnizatório reverterá integralmente para os sujeitos lesados e não para aquela entidade. Ao invés, caso a ação coletiva não seja bem-sucedida, a entidade qualificada terá de suportar os custos processuais em que ela própria incorreu, assim como os custos incorridos pela contraparte vencedora, porquanto vigora o princípio “quem perde, paga”.

Poder-se-ia sugerir que as regras sobre o financiamento das entidades qualificadas fossem acomodadas por forma a permitir que estas arrecadassem uma parcela do montante indemnizatório resultante do êxito da ação coletiva ressarcitória. Se tais parcelas ascendem a montantes significativos, de tal forma que permitissem às entidades qualificadas compensar os custos suportados nos casos malsucedidos, aquelas

¹⁵⁵ Salientando que as associações de consumidores são sujeitos particularmente valiosos, sobretudo, nos casos de litígios de pequeno valor, dada a tendência da apatia racional, *vide*, PATO, Alexia, *op. cit.*, p. 58.

¹⁵⁶ Fazendo notar a relevância do financiamento adequado das entidades representativas para a eficácia das ações coletivas, *vide* por todos, CAFAGGI, Fabrizio e MICKLITZ, Hans-W., *Administrative and Judicial enforcement in Consumer Protection: The way Forward*, in *EUI Working Papers Law No. 2008/29*, 2008, p. 18.

entidades podiam sustentar-se financeiramente, sem a necessidade de qualquer outro meio de financiamento.¹⁵⁷

No entanto, permitir que as entidades qualificadas recebam uma parcela do montante indenizatório destinado a ressarcir os sujeitos lesados nada mais é do que uma *contingency fee*, expediente este que, como sabemos, é portador de diversos perigos e riscos, nomeadamente, podendo levar as entidades qualificadas a investir em ações frívolas com o propósito de obter lucro e de priorizar os seus próprios interesses financeiros em detrimento dos interesses dos lesados na condução do processo.

De mais a mais, não se estranha que, em muitos casos, os lesados colocassem obstáculos em partilhar o montante da indemnização com a entidade qualificada, ainda que a parcela a arrecadar por esta fosse diminuta. Pense-se, nomeadamente, nos casos em que o montante da indemnização a perceber pelos lesados assume um valor pouco significativo, de tal forma que, do ponto de vista dos lesados, a partilha desse montante com a entidade qualificada tornaria desrazoável a coletivização do litígio.

Uma outra alternativa seria a exigência aos sujeitos lesados cujos interesses são defendidos em juízo pela entidade qualificada o pagamento de um determinado montante, o qual serviria para auxiliar aquela entidade a suportar os encargos com o processo.

No entanto, esta alternativa não está também isenta de dificuldades. Desde logo, da mesma forma que muitos dos lesados se recusariam a partilhar o montante da indemnização resultante do êxito da ação coletiva com a entidade qualificada demandante, por maioria de razão, recusar-se-iam a contribuir para os custos do processo no caso deste não ser bem-sucedido.¹⁵⁸

Ademais, cogitando-se um pagamento antecipado, crê-se que os lesados dificilmente estariam dispostos a participar nos custos do processo, na medida em que existe somente uma mera expectativa, considerando o risco inerente a todo e qualquer processo judicial, acerca do torna desse investimento.

O financiamento das ações coletivas pelas entidades qualificadas, designadamente das associações, poder-se-ia basear nas receitas oriundas das quotas pagas pelos seus filiados. Porém, faça-se notar que as associações representam na lide os interesses de todos os sujeitos que hajam sido lesados por uma determinada conduta ilícita, independentemente de aqueles estarem ou não nelas filiados.

¹⁵⁷ ISSACHAROFF, Samuel e MILLER, Geoffrey P., *op. cit.*, p. 200.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

Assim sendo, na hipótese de se permitir o financiamento da ação coletiva através das receitas arrecadas com o pagamento das quotas dos filiados das entidades qualificadas, gerar-se-ia um ambiente propício para o fenómeno do *free-riding*.¹⁵⁹

A ação coletiva seria custeada por uma associação cujos recursos financeiros advêm das quotas dos seus filiados. Como consequência, a decisão de mérito favorável beneficiaria todos os sujeitos lesados, incluindo aqueles não contribuíram para o êxito da ação, porquanto, não possuem um vínculo de filiação à associação e, como tal, não proporcionaram qualquer contributo financeiro para possibilitar o ajuizamento da ação.

Assim, os sujeitos que se encontram filiados à entidade qualificada demandante suportam os custos do processo, fornecendo à globalidade dos sujeitos lesados um bem coletivo não rival e não excludente. O resultado do processo irá favorecer não apenas os eventuais lesados que se encontrem filiados à entidade qualificada, como também todos os demais sujeitos lesados.

No espectro das opções para o financiamento das entidades qualificadas encontra-se ainda a possibilidade de financiamento público, isto é, a possibilidade de as entidades qualificadas serem financiadas pelo governo.

Pese embora, o governo detenha os recursos financeiros necessários, o sustento das entidades qualificadas através dos recursos públicos pode não ser a solução ideal.

O financiamento governamental das entidades qualificadas pode torná-las entidades estatalmente dependentes, colocando em causa a sua autonomia. Receia-se o risco de influência política no comportamento das entidades qualificadas, suscetível de influir nas suas tomadas de decisão, nomeadamente, no que concerne à decisão quanto à propositura de ações coletivas.

A dependência política das entidades qualificativas poderá, inclusivamente, levar à propositura pelas entidades qualificadas de ações coletivas com o propósito de favorecer ou desfavorecer determinados sujeitos em virtude de razões meramente políticas, não priorizando a proteção dos interesses dos sujeitos lesados e independentemente do mérito da causa.¹⁶⁰

Ademais, há o risco de incerteza do financiamento, sobretudo, em épocas de crise económico-financeira. Nestas épocas, face à necessidade de restringir a despesa pública, as entidades qualificadas ficam sujeitas ao corte dos auxílios estatais, o que é

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

suscetível de pôr em xeque a sua sustentabilidade financeira e, por conseguinte, a viabilidade da propositura de ações coletivas.

A legitimidade para agir das entidades qualificadas, quando atribuída de forma exclusiva, confronta-se ainda com a questão de saber se tal opção não poderá constituir uma limitação à possibilidade de acesso à justiça para todos os lesados face aos quais as entidades qualificadas não consideraram oportuna a propositura da ação coletiva para a tutela dos respetivos interesses, nomeadamente, por conta dos encargos financeiros.¹⁶¹

Estando a legitimidade para agir cingida às entidades qualificadas e tendo estas optado, ao abrigo da sua autonomia, por não levar a juízo determinadas situações litigiosas, todos os lesados que nestas estivessem envolvidos ficariam privados de obter a proteção judicial dos seus interesses.

Ademais, a circunscrição da legitimidade para agir às entidades qualificadas e apenas a algumas delas – porquanto, normalmente, o reconhecimento daquela legitimidade está condicionado à observância de determinados requisitos –, tem como consequência a limitação do âmbito de sujeitos legitimados para levar a juízo uma ação coletiva. Por conseguinte, vêem-se diminuídas as chances de que a ação seja efetivamente proposta.¹⁶²

Todavia, esta dificuldade é facilmente supável, não se revelando incisiva para o enfraquecimento deste modelo de legitimidade. De facto, nada obsta à consagração de uma legitimidade concorrente, ou seja, que a par da legitimidade para agir atribuída às entidades qualificadas seja concedido *ex lege* poder para a propositura da ação a outros entes ou sujeitos, *maxime*, aos indivíduos lesados.

É, aliás, o que sucede em alguns ordenamentos jurídicos. No entanto, não se pode deixar de salientar que, nesses mesmos ordenamentos, se observa uma tendência para confiar a defesa dos interesses lesados às entidades qualificadas em detrimento do sujeito individual, sobretudo, nos casos mais complexos. Portanto, somos levados a crer que o argumento assente na limitação do âmbito de sujeitos legitimados para a propositura da ação, ainda que plausível, resulta um tanto artificial.

Algumas jurisdições condicionam a legitimidade para agir das entidades qualificadas a alguns requisitos, nomeadamente, de uma autorização governamental.

¹⁶¹ SANTANGELI, Paolo e PARISI, Pierpaolo, *La nuova azione di classe (...)*, *op. cit.*, p. 17, nota de rodapé n.º 53.

¹⁶² Neste sentido, TEDIOLI, Francesco, *La class action alla italiana (...)*, *op. cit.*, p. 842, nota de rodapé n.º 49.

Nestas hipóteses, as entidades qualificadas legitimadas para o exercício da ação coletiva são selecionadas mediante um procedimento de controlo prévio do governo.¹⁶³

Por conseguinte, a propositura de ações coletivas está dependente da existência de uma autorização governamental, despontando-se assim um estado de dependência que constitui um embaraço ao acesso à tutela jurisdicional e que, por conseguinte, pode ser nefasto para a proteção dos interesses dos sujeitos lesados.¹⁶⁴

Todavia, ainda que tal requisito possa dificultar o acesso à justiça às associações de consumidores, permitem ao legislador controlar a afluência de entidades dispostas a iniciar processos judiciais.

Ao perigo de dependência face ao governo, junta-se o perigo de monopolização.¹⁶⁵ Tem-se observado a concentração da acionabilidade dos procedimentos coletivos nas entidades qualificadas com maior exposição mediática, capacidade representativa ou abrangência territorial no setor jurídico pertinente.

Quer-se dizer que, as ações coletivas são, por norma – se não exclusivamente –, propostas pelas entidades de defesa dos interesses em causa face às quais se reconheça uma maior visibilidade ou reputação.

1.1.3.2. Entidades qualificadas com base *ad hoc*

As entidades qualificadas legitimadas para o exercício da ação coletiva podem pré-existir em relação à propositura da ação, apresentando-se como entidades já

¹⁶³ É o que sucede, nomeadamente, na Bélgica. Ao abrigo do artigo XVII. 39 do CDE podem agir como representantes do grupo de lesados: “une association de défense des intérêts des consommateurs dotée de la personnalité juridique pour autant qu'elle siège au Conseil de la Consommation ou *qu'elle soit agréée par le ministre sur base des critères à déterminer par un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres* ; une association dotée de la personnalité juridique, *agréée par le ministre*, dont l'objet social est en relation directe avec le préjudice collectif subi par le groupe et qui ne poursuit pas de manière durable un but économique”.

Ademais, no ordenamento jurídico italiano, constitui requisito de elegibilidade das organizações ou associações que estas estejam inscritas numa lista pública instituído pelo Ministério da Justiça (*Cfr.*, artigo 840-bis, n.º 2, *in fine* do CPC It.). Ora, ao exigir-se a prévia inscrição da organização ou da associação numa lista pública instituída pelo Ministério da Justiça, está a condicionar-se o exercício da ação coletiva a um prévio reconhecimento administrativo. Sobre este ponto, *vide* por todos, DONZELLI, Romolo, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in *Quaderni di Judicium*, n.º 6, 2019, p. 40;

¹⁶⁴ VOET, Stefaan, *Where the wild things are (...)*, *op. cit.*, p. 31; CAPONI, Remo, *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Il Foro It.*, Vol. 131, n.º 11, 2008, p. 282.

¹⁶⁵ *Ibidem*; SANTANGELI, Paolo e PARISI, Pierpaolo, *La nuova azione di classe (...)*, *op. cit.*, p. 17, nota de rodapé n.º 53.

institucionalizadas ou estabelecidas e que, por isso, beneficiam de uma vocação de estabilidade e continuidade ou, ao invés, podem ser entidades constituídas *ad hoc*.¹⁶⁶

As entidades qualificadas constituídas *ad hoc* são entes com personalidade jurídica, formados de forma espontânea e ocasional, com o particular desígnio de propor uma ação coletiva decorrente de uma determinada situação litigiosa massiva.¹⁶⁷

Estas entidades não dispõem de uma organização prévia, nem possuem um caráter de estabilidade e continuidade, ao invés do que sucede com as entidades que hajam sido previamente designadas e que se apresentam como entes institucionalizados.

A legitimidade para agir das entidades constituídas *ad hoc* levanta, desde logo, o problema de saber se tais entidades se propõem, de facto, a proteger determinado interesse individual homogêneo ou, se pelo contrário, a sua criação representa uma manobra para a prossecução de pretensões meramente egoísticas e oportunas.

Perante esta incerteza, importa garantir que, à semelhança do que sucede com as entidades previamente constituídas e designadas, a legitimidade para agir destas entidades fique dependente da observância de um conjunto de requisitos como meio para certificar a sua reputação e seriedade na causa.

Não obstante, a ausência de estabilidade e continuidade destas entidades refletem-se necessariamente na exigência de uma maior intensidade da comprovação daqueles requisitos mínimos para que as entidades sejam reconhecidas como sujeitos legitimados para a propositura de uma dada ação coletiva.

¹⁶⁶ Saliente-se que a atribuição de legitimidade para agir às entidades qualificadas não tem de abranger necessária e simultaneamente as entidades pré-existentes e as entidades constituídas *ad hoc*. Como exemplo podemos referir o regime consagrado na nova ação de classe italiana, instituída pela *Legge n.º 31/2019*, no qual se confere legitimidade às entidades qualificadas previamente designadas, mas já não às entidades constituídas *ad hoc*. No ordenamento jurídico italiano, a legitimidade para agir é atribuída às organizações e associações que cumpram um conjunto de requisitos mínimos. Dentre esses requisitos consta que as organizações e associações devem estar inscritas num elenco público instituída pelo Ministério da Justiça (artigo 840.º-bis, n.º 2 do CPC It.). O artigo 196.º-ter do CPC It. fixa os requisitos para a inscrição das organizações e associações naquele elenco público: “I requisiti per l’iscrizione comprendono la verifica delle finalità programmatiche, dell’adeguatezza a rappresentare e tutelare i diritti omogenei azionati e della stabilità e continuità delle associazioni e delle organizzazioni stesse, nonché la verifica delle fonti di finanziamento utilizzate” (itálico nosso). Ora, ao exigir, dentre os requisitos para aquela inscrição, a estabilidade e a continuidade da associação e da organização, parece que a lei quis conferir legitimidade para agir apenas às entidades pré-existentes que atuam de forma estável e permanente para a proteção de determinados interesses, excluindo do âmbito subjetivo da ação de classe os sujeitos coletivos formados *ad hoc* para a propositura de uma específica ação coletiva. No mesmo sentido, *vide*, GIUGGIOLI, Pier Filippo, *L’azione di classe. Un nuovo procedimento collettivo*, CEDAM, 2019, p. 40; BRAZZINI, Sara e MUIÁ, Pier Paolo, *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*, G. Giappichelli Editore, 2019, pág. 70.

¹⁶⁷ TEDIOLI, Francesco, *La class action alla italiana (...)*, *op. cit.*, p. 842; STADLER, Astrid, *op. cit.*, p. 85; WALKER, Janet, *Who’s Afraid of U.S. - Style Class Actions*, in *SJIL*, Vol. 18, 2011, p. 526; VOET, Stefaan, *Belgium’s New Consumer Class Actions*, in *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mouses?*, Antwerp, Intersentia, 2014, p. 5.

De certo, a aferição pelo juiz da observância dos requisitos de elegibilidade para a propositura de ações coletivas deverá ser mais árdua em relação às entidades especificamente constituídas para propor uma determinada ação coletiva em face das entidades pré-existentes e dotadas de experiência na tutela dos interesses de que se arrogam portadoras, de tal forma que as primeiras deverão oferecer uma prova mais vigorosa de que reúnem as condições necessárias para representar adequadamente os interesses dos sujeitos lesados.¹⁶⁸

1.1.3.2. Órgãos públicos independentes

Ao lado das entidades privadas qualificadas, previamente designadas ou constituídas *ad hoc*, apontam-se os órgãos públicos independentes como entes idóneos para assegurar a defesa dos interesses lesados em tribunal.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Cfr., TEDIOLI, Francesco, *La class action alla italiana (...), op. cit.*, p. 842, em especial, nota de rodapé n.º 50, “Il problema della rappresentatività, a mio parere, opera in modo differenziato per le associazioni che si occupano già di tutela dei consumatori e per i comitati preesistenti rispetto a quelli creati appositamente per promuovere la *class action*. In relazione ai primi sarà più semplice per il giudice valutarne i requisiti, verificandone l’operato, la storia e la possibilità di raggiungere con i propri mezzi un numero molto ampio di persone. I comitati costituiti *ad hoc* devono, invece provare in maniera più pregnante la própria rappresentatività. Se as esempio, portano, in giudizio un problema locale, dovranno dimostrare dia ver coinvolto l’utenza (sui quotidiani locali ad esempio) ed evidenziare la portata della questione fra i consumatori”.

¹⁶⁹ Como sucede, nomeadamente, na Finlândia, na Espanha e em Portugal.

No ordenamento jurídico finlandês o direito de ação é atribuído ao *Consumer Ombudsman* (vide, § 4 da *Rymäkannelaki*). Sobre a tutela coletiva na Finlândia, vide por todos, Välimäki, MIKKO, *Introducing Class Action in Finland – an Example of Lawmaking without Economic Analysis*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1261623 (último acesso a 12 de Maio de 2020), *passim*; VIITANEN, Klaus, *Collective Litigation in Finland*, disponível em <http://globalclassactions.stanford.edu/content/collective-litigation-finland-2007> (último acesso a 12 de Maio de 2020).

No ordenamento jurídico espanhol é legalmente concedida legitimidade ao *Ministerio Fiscal* para o exercício de qualquer a ação para a defesa dos interesses consumidores e usuários (Cfr., artigo 11.5 da LEC). Sobre a legitimidade processual ativa do *Ministerio Fiscal*, vide por todos, COROMINAS BACH, Sergi, *Procesos colectivos (...), op. cit.*, pp. 67 a 71; SANDE MAYO, María Sande, *Las acciones colectivas (...), op. cit.*, pp. 149 a 156.

No ordenamento jurídico português, por remissão do artigo 31.º do CPC, a legitimidade processual ativa do Ministério Público está dependente de uma específica previsão normativa.

Encontramos referência à legitimidade do Ministério Público no artigo 13.º, alínea c) da LDC para a propositura de ações inibitórias que visam prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor na referida lei e no artigo artigo 26.º, n.º 1, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85 para a propositura de ações inibitórias destinadas a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais. Além da legitimidade ativa que lhe é conferida por estes diplomas setoriais, a atuação do Ministério Público pode consistir substituição do autor em caso de desistência da lide, de transação ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa (Cfr., artigo 16.º, n.º 1 da LAP).

Para um maior desenvolvimento sobre a legitimidade ativa do Ministério Público no ordenamento jurídico português, veja-se por todos, PAZ, Margarida, *op. cit.*, pp. 46 a 62.

O reconhecimento da legitimidade processual ativa aos órgãos públicos independentes para a defesa de interesses individuais homogêneos no domínio civil, poder-se-á basear nas suas específicas atribuições institucionais, designadamente, a defesa da legalidade democrática e dos interesses legítimos dos cidadãos.¹⁷⁰

A vinculação destes entes à administração pública torna-os menos vulneráveis às dificuldades relacionadas com os custos do processo, permitindo-lhes, ainda que com respeito pela dotação orçamental, suportar com maior leveza as despesas inerentes ao processo judicial.

Relativamente a esta afirmação importa, no entanto, especificar que apesar do financiamento do litígio ser feito às custas do erário público, em razão da natureza pública destes entes e, por isso, afirmámos a maior facilidade do custeamento do litígio, isso não significa a disponibilidade ilimitada de recursos para prossecução de ações judiciais.

Os recursos financeiros para o efeito são limitados e, por isso, devem ser alocados para o ajuizamento de causas meritórias, tanto mais considerando que, em boa verdade, o litígio coletivo será financiado por todos os contribuintes.¹⁷¹

Ademais, tem-se defendido que a propositura da ação coletiva por um órgão de natureza pública diminui o risco de desistência da causa e de colusão do demandante com a contraparte.¹⁷²

Não obstante, o representante deste órgão e, como tal, o sujeito que levará a cabo a ação coletiva não assume, não raras vezes, tal cargo por um período de tempo que possibilite o acompanhamento integral do processo judicial. Como tal, não existirá estabilidade quanto ao sujeito que acompanhará o processo judicial o que se poderá repercutir na forma e no interesse na prossecução da causa.¹⁷³

De mais a mais, o novo representante do órgão, ao assumir um encargo que até então não lhe pertencia, não detém um domínio sobre os elementos informativos que motivaram a propositura da ação e dos que têm resultado da respetiva sequência, tendo, portanto, sempre de se inteirar do processo e da estratégia processual adotada, o que pode ser prejudicial para o tratamento uniforme do processo.¹⁷⁴

Na Bélgica atribui-se legitimidade ao *Service de Médiation pour le consommateur* apenas para efeitos de negociação de um acordo coletivo de reparação (*Cfr.*, artigo XVII.39, 3.º CDE) (sobre o ponto, *vide* por todos, VOET, Stefaan, *Consumer Collective Redress in Belgium (...)*, *op. cit.*, p. 127):

¹⁷⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo e CAVIEDES Hidalgo de, *op. cit.*, pág. 224.

¹⁷¹ No mesmo sentido, VOET, Stefaan, *The Crux of the Matter (...)*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁷² *Cfr.*, ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit.*, pág. 232.

¹⁷³ *Ibidem.*

¹⁷⁴ *Ibidem.*

A abrangência das atribuições destes entes dificultará a sua especialização nos domínios jurídicos sobre que incidem os interesses individuais homogêneos cuja defesa se visa com a ação coletiva. É, pois, difícil que estes entes possuam um conhecimento técnico especializado nos diversos domínios dogmáticos implicados nas situações jurídicas coletivas, o que é suscetível não só comprometer a qualidade da defesa daqueles interesses, como gerar um desequilíbrio entre os sujeitos processuais, porquanto a contraparte se fará representar judicialmente, com grande probabilidade, por um advogado especializado no objeto da causa.¹⁷⁵

Os entes aos quais se permite a atribuição de legitimidade para agir são, à partida, entes de natureza pública institucionalmente independentes.

No entanto, ainda que se afirme formalmente a sua independência institucional importa garantir que, de facto, sobre a sua atuação e, sobretudo, sobre a sua iniciativa não incidirão quaisquer condicionamentos políticos, de modo a assegurar que representarão adequadamente os interesses da pluralidade dos sujeitos lesados na lide e a não gerar qualquer obstáculo no acesso à justiça.¹⁷⁶

Ademais, a atribuição de legitimidade processual a autoridades públicas pode limitar a defesa dos interesses lesados em juízo em virtude da sua falta de experiência em contencioso.

1.2. A legitimidade para agir na «Proposta de Diretiva»

No tópico antecedente analisámos os diferentes modelos de legitimidade para o exercício das ações coletivas, tendo em consideração as experiências de diversos ordenamentos jurídicos.

Como tivemos oportunidade de observar não existe um modelo ótimo de legitimidade para a tutela coletiva, aportando cada um deles vantagens e desvantagens que importam ter em conta para uma escolha ponderada do modelo a eleger.

Por essa razão, diversos ordenamentos jurídicos optam por consagrar um modelo de legitimidade misto ou plural, aproveitando as vantagens e relativizando as

¹⁷⁵ No mesmo sentido, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, CAVIEDES Hidalgo de, *op. cit.*, p. 225; COROMINAS BACH, Sergi, *op. cit.*, pág. 185; ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit.*, p. 232.

¹⁷⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Un proceso sin interesados (...)*, *op. cit.*, p. 115; COROMINAS BACH, Sergi *op. cit.*, pp. 185 e 186; VOET, Stefaan, *The Crux of the Matter (...)*, *op. cit.*, pág. 7; PATO, Alexia, *op. cit.*, p. 60.

desvantagens de cada um dos entes legitimados em cada modelo para promover uma ação coletiva, numa ótica de não exclusão e complementaridade em prol da tutela efetiva das situações jurídicas objeto da tutela coletiva.¹⁷⁷

A «Proposta de Diretiva» adota, em matéria de legitimidade para agir para a proteção dos interesses dos consumidores afetados por uma conduta ilícita, o modelo da «ação representativa», mantendo intacta a opção político-legislativa que tem caracterizado o arquétipo da tutela coletiva europeia desde os primórdios da sua regulamentação.

Note-se, no entanto, que a «Proposta de Diretiva» visa uma harmonização mínima, de tal modo que, nada obsta a que os Estados-Membros mantenham ou adotem meios processuais destinados a proteger os interesses dos consumidores que prevejam um sistema de legitimidade mais amplo. O essencial é que os Estados-Membros garantam que dispõem de pelo menos um mecanismo de «ação representativa» que permita às entidades qualificadas intentar tais ações, em conformidade com a «Proposta de Diretiva».¹⁷⁸

A «ação representativa» vem definida pelo legislador europeu como uma ação para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores que é proposta por uma entidade qualificada, como parte demandante, em nome dos consumidores visando uma medida cautelar ou uma medida de reparação, ou ambas.¹⁷⁹

Por seu turno, entende-se por «entidade qualificada» qualquer organização ou organismo público que represente os interesses dos consumidores que tenham sido

¹⁷⁷ Consagram um modelo de legitimidade misto, designadamente, Portugal e Itália.

No ordenamento jurídico português a titularidade do direito de ação popular é atribuída, de forma concorrente, a qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, a associações e fundações que (i) tenham personalidade jurídica, (ii) incluam expressamente nos seus objetivos estatutários a defesa dos interesses em causa no tipo de ação de que se trate e que (iii) não exerçam qualquer tipo de atividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais, às autarquias locais e, em termos mais restritos, ao Ministério Público (*vide*, artigo 31.º do CPC, artigo 52.º, n.º 3 da CRP e artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto). Sobre a legitimidade para agir em Portugal, *vide* por todos, SANTOS SILVA, F. Nicolau, *Os interesses supra-individuais e a legitimidade processual civil activa*, Quid Juris, 2008, pp. 111 a 113; TEIXEIRA DE SOUSA, A legitimidade Popular (...), *op. cit.*, pp. 177 a 202; LEBRE DE FREITAS, José e ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 1.º, 4.ª edição, Almedina, 2018, pp. 94 a 96.

Na Itália, a nova *azione di classe* atribuiu legitimidade para agir para a defesa de direitos individuais homogêneos a organizações e associações sem escopo lucrativo e cujo objeto estatutário compreenda a tutela dos direitos individuais homogêneos em apreciação ou a qualquer membro da classe (*vide*, artigo 840-bis, §2 do CPC It.. *Vide* por todos, DIANA, Antonio Gerardo, *Class Action e Inibitoria Collettiva. Nuova Disciplina*. CEDAM, 2020, pp. 259 a 266; CAPUTO, Luca e CAPUTO, MATTIA, *op. cit.*, pp. 15 a 18.

¹⁷⁸ *Cfr.*, Artigo 1.º, (2) e (2a) da «Proposta de Diretiva».

¹⁷⁹ *Cfr.*, Artigo 3.º, (4) da «Proposta de Diretiva».

designados por um Estado-Membro como qualificadas, em conformidade com a Proposta de Diretiva, para propor ações representativas.¹⁸⁰

A «Proposta de Diretiva», ainda que siga no essencial o modelo europeísta no que concerne aos sujeitos legitimados para o exercício jurisdicional das ações representativas, impondo aos Estados-Membros o dever de assegurar que tais ações possam ser intentadas por entidades qualificadas designadas para o efeito, traz algumas soluções inovadoras.¹⁸¹

A grande novidade trazida pelo novo regime europeu de ações representativas para a proteção dos interesses dos consumidores prende-se com a autonomização de duas modalidades de ações representativas com base num critério assente no Estado-Membro no qual a ação é proposta – a «ação representativa doméstica» e a «ação representativa transfronteiriça» –, estabelecendo-se uma regulamentação distinta para cada uma dessas modalidades de ação representativa, nomeadamente, no que se refere aos entes legitimados para a propositura da cada uma dessas modalidades de ação representativa e aos respetivos critérios de designação.

A «ação representativa» intentada por uma entidade qualificada no Estado-Membro da sua designação considera-se uma «ação representativa doméstica», ainda que essa ação seja intentada contra um profissional domiciliado noutra Estado-Membro ou ainda que os consumidores representados na ação residam em diversos Estados-Membros.¹⁸²

Quando a ação representativa é intentada por uma entidade qualificada noutra Estado-Membro que não o da sua designação, essa ação designa-se «ação representativa transfronteiriça».¹⁸³

Nos atos legislativos europeus precedentes em matéria de ações representativas para a proteção dos interesses dos consumidores não se procedia a qualquer distinção das ações representativas em função do Estado-Membro onde seriam intentadas e, por

¹⁸⁰ Cfr., Artigo 3.º, (3a) da «Proposta de Diretiva».

De forma original face às precedentes iniciativas de regulamentação da matéria das ações representativas e na linha de um espírito pedagógico, o legislador europeu avançou com o conceito de “entidade qualificada”, possibilitando a assunção de tal posição a organizações e organismos públicos.

Permita-se que se note que a figura da “organização”, muito ampla e um tanto enganosa, se dirige a designar a diversidade de estruturas, de diferentes naturezas, suscetíveis de ascender à qualidade de entidades qualificadas. Do nosso ponto de vista, o legislador pretendeu evitar uma compreensão reducionista da figura, no sentido de a limitar às associações, procurando antes que tal figura abarque outras realidades como fundações, cooperativas, sindicatos.

¹⁸¹ Cfr., Artigo 4.º, n.º 1 da «Proposta de Diretiva».

¹⁸² Cfr., Artigo 3.º, (4-A) e considerando (9-A) da «Proposta de Diretiva».

¹⁸³ Cfr., Artigo 3.º, (4-B) da «Proposta de Diretiva».

consequente, as ações representativas domésticas e transfronteiriças eram reguladas de forma indiscriminada. Por um lado, as entidades qualificadas eram designadas pelos Estados-Membros independentemente da finalidade doméstica ou transfronteiriça da ação representativa. Por outro lado, e por maioria de razão, a designação das entidades qualificadas pelos Estados-Membros dependia da observância de critérios uniformes com desconsideração do *locus* da propositura da ação.

Ao invés, a «Proposta de Diretiva» partindo da distinção entre as ações representativas domésticas e transfronteiriças procede a um tratamento processual distinto para cada uma dessas modalidades de ação representativa.

Esta solução espelha o reconhecimento das especificidades que inerem a cada uma dessas modalidades de ação representativa, atendendo, sobretudo, à maior complexidade das ações representativas transfronteiriças em virtude da sua própria natureza e que, por conseguinte, as tornam merecedoras de uma regulamentação distinta a pender um regime mais vigoroso a favor das ações representativas intentadas por uma entidade qualificada num Estado-Membro distinto do Estado-Membro da sua designação.

Para efeitos de ações representativas domésticas, os Estados-Membros dispõem de discricionariedade para estabelecer os critérios que as entidades qualificadas devem cumprir para adquirirem o estatuto de entidades qualificadas, salvaguardando-se, porém, que os Estados-Membros devem assegurar que os critérios que elegeram para a designação de uma entidade como entidade qualificada com a finalidade de propor ações representativas domésticas são consistentes com os objetivos da proposta de diretiva, garantindo a eficácia e a eficiência de tais ações.¹⁸⁴

Assim, diferentemente do que sucedia nas precedentes iniciativas europeias de regulamentação das ações representativas para a proteção dos interesses dos consumidores, os Estados-Membros não estão vinculados a garantir que as entidades qualificadas cumprem um acervo de requisitos especificamente impostos *ex lege*, por forma a serem designadas como entidades qualificadas elegíveis para a propositura de ações representativas domésticas.

No entanto, isto não significa que os Estados-Membros não estão incumbidos de estabelecer critérios que as organizações e os órgãos públicos independentes devem observar para que sejam eleitos como entidades qualificadas habilitadas para intentar

¹⁸⁴ *Cfr.*, artigo 4.º, n.º 4 da «Proposta de Diretiva».

ações representativas no Estado-Membro no qual foram designados, significa apenas que os Estados-Membros podem definir livremente esses critérios.

De todo o modo, devem garantir que os critérios de designação aplicados às entidades qualificadas em ações representativas domésticas não são suscetíveis de prejudicar o funcionamento efetivo dessas ações, pelo que, tais critérios deverão ser delineados tendo em vista, nomeadamente, a prevenção do uso abusivo das ações representativas e a garantia da representatividade adequada dos interesses dos consumidores lesados.

Por forma a prevenir o uso abusivo das ações representativas é relevante evitar a ausência de critérios, assim como, a imposição de critérios demasiado ténues quanto à legitimidade para a propositura de ações representativas em nome dos consumidores lesados por uma determinada infração. Devem ser estabelecidas regras processuais claras, precisas e rigorosas quanto à designação das entidades qualificadas e à fonte do seu financiamento por constituírem, no nosso ponto de vista, aspetos processuais vitais para o funcionamento efetivo das ações representativas.

Ademais, deve garantir-se que as entidades qualificadas cumprem tais critérios de designação ou elegibilidade para a propositura da ação representativa, de molde a garantir que os interesses dos consumidores lesados são devidamente representados em juízo.

Não obstante, os Estados-Membros devem poder aplicar os critérios estabelecidos na «Proposta de Diretiva» para as entidades qualificadas com o objetivo de propor ações representativas transfronteiriças também face às entidades qualificadas que ajam com o objetivo de propor ações representativas domésticas.¹⁸⁵

Em bom rigor, ao fazer-se recair na autonomia dos Estados-Membros a escolha dos critérios de designação das entidades qualificadas para efeitos de ações representativas domésticas, impondo-se critérios de designação harmonizados somente quando estejam em causa ações representativas transfronteiriças, proporciona-se aos Estados-Membros a possibilidade de decidir de forma livre quais os tipos de ações representativas que cada uma das entidades qualificadas está habilitada a promover.

Tendo os Estados-Membros optado por aplicar os critérios de designação estabelecidos na Proposta de Diretiva para as entidades qualificadas designadas com o propósito de intentar ações representativas transfronteiriças também às entidades

¹⁸⁵ *Cfr.*, artigo 4.º, n.º 5 da «Proposta de Diretiva».

qualificadas designadas para efeitos de ações representativas domésticas, logicamente, as entidades qualificadas designadas estão habilitadas a propor ambas as modalidades de ação representativa.

Por seu turno, se os Estados-Membros optarem por sujeitar a designação das entidades qualificadas a critérios distintos em função da modalidade de ação representativa, os Estados-Membros estão, a bem ver, a selecionar as entidades qualificadas elegíveis para a promoção de cada uma das modalidades de ação representativa.

Ainda que assim não se entendesse, o n.º 2 do artigo 4.º da «Proposta de Diretiva» assevera que os Estados-Membros devem garantir que as entidades, em particular as organizações de consumidores, incluindo as entidades representantes de mais do que um Estado-Membro, são elegíveis para serem designadas para o estatuto de entidade qualificada com a finalidade de propor ações representativas domésticas ou ações representativas transfronteiriças, ou ambas.

Em relação às ações representativas transfronteiriças, os Estados-Membros apenas podem designar uma entidade, a seu pedido, como entidade qualificada, se esta cumprir um conjunto de critérios mínimos: (i) tem de ser uma pessoa coletiva devidamente constituída de acordo com a lei do Estado-Membro da sua designação e que demonstre doze meses de atividade pública na proteção dos interesses dos consumidores antes do seu pedido de designação; (ii) o seu objetivo estatutário deve demonstrar que tem um interesse legítimo na proteção dos interesses dos consumidores previstos no direito da União Europeia abrangidos pela proposta de diretiva; (iii) ter caráter sem fins lucrativos; (iv) não estar sujeita a processo de insolvência ou declarada insolvente; (v) ser independente e não seja influenciado por pessoas, exceto consumidores, que tenham um interesse económico em intentar qualquer ação representativa, em particular, por comerciantes ou financiadores, incluindo em caso de financiamento por terceiros, e deve ter estabelecido procedimentos para prevenir tal influência, assim como, os conflitos de interesses entre si, os seus financiadores e os interesses dos consumidores; (vi) devem divulgar publicamente, por qualquer meio apropriado, em particular no seu site, através de linguagem clara e inteligível, informações que demonstrem a conformidade com os critérios de designação e a informações gerais sobre as suas fontes de financiamento em

geral, a sua estrutura organizacional, de gestão e os seus membros, objetivos e atividades.¹⁸⁶

No que tange às ações representativas transfronteiriças, as entidades qualificadas devem cumprir os mesmos critérios em todos os Estados-Membros. Esta exigência não é surpreendente. Veja-se que, nesta modalidade de ação representativa, a entidade qualificada designada por um Estado-Membro intenta uma ação representativa num outro Estado-Membro, pelo que, considerando as implicações transfronteiriças e a inerente complexidade desta modalidade de ação representativa, releva que todas as entidades qualificadas sejam portadoras das mesmas condições, apresentando-se como entes habilitados para assegurar a representatividade adequada dos interesses dos consumidores lesados em qualquer Estado-Membro, compreendendo-se, por isso, que todas as entidades qualificadas designadas por cada um dos Estados-Membros devam estar sujeitas à observância de critérios harmonizados de elegibilidade.

A mesma justificação permite-nos compreender o regime vigoroso com que a «Proposta de Diretiva» abonou as ações representativas transfronteiriças, estabelecendo critérios objetivos rígidos para a designação das entidades qualificadas habilitadas para iniciar e conduzir processualmente tais ações.

A entidade qualificada tem de ser uma pessoa coletiva devidamente constituída de acordo com a lei do Estado-Membro da sua designação e que demonstre doze meses de atividade pública na proteção dos interesses dos consumidores antes do seu pedido de designação.

O pressuposto de que a entidade qualificada seja uma pessoa coletiva tem inerente a exigência de personalidade jurídica da entidade, o que constitui um sintoma de seriedade e estabilidade ou perdurabilidade da entidade.¹⁸⁷

Para reforçar este indício de perdurabilidade exige-se que a entidade qualificada exerça atividade pública no quadro dos interesses dos consumidores por um período mínimo de um ano previamente ao pedido de designação da entidade ou, dito de outro modo, exige-se que decorra um período mínimo de um ano desde a data de constituição da entidade até à sua designação como entidade legitimada para o exercício de uma ação representativa.

¹⁸⁶ *Cfr.*, artigo 4.º, n.º 3 da «Proposta de Diretiva».

¹⁸⁷ SOUSA, Miguel Teixeira, *A legitimidade popular (...), op. cit.*, p. 181.

Este lapso temporal proporcionará à entidade a aquisição de conhecimento e experiência no domínio da tutela dos interesses dos consumidores, o que contribuirá para garantir a representatividade adequada dos interesses dos consumidores lesados.¹⁸⁸

No mais, o objetivo estatutário da entidade qualificada deve demonstrar que esta tem um interesse legítimo na proteção dos interesses dos consumidores.

Mais do que um requisito que as entidades devem observar para que sejam habilitadas para a propositura de ações representativas transfronteiriças, cremos estar perante um verdadeiro pressuposto. Queremos dizer que, ainda que tal não fosse expressamente estabelecido por lei, sempre se deveria entender que a finalidade estatutária das entidades qualificadas teria de consistir na proteção dos consumidores. Trata-se, pois, de uma circunstância que deverá ser compreendida como um antecedente necessário do reconhecimento de legitimidade processual ativa às entidades qualificadas para litigar em ações atinentes aos direitos dos consumidores.

A legitimidade das entidades qualificadas encontra o seu fundamento na sua finalidade estatutária que, invariavelmente, deverá consistir na proteção dos consumidores. Quando o facto ilícito e danoso atinge uma pluralidade de consumidores, afeta um determinado bem jurídico – proteção dos consumidores – que à entidade qualificada cumpre defender por se tratar do seu fim estatutário, o que corresponde a uma manifestação evidente de um interesse legítimo e constitui a situação legitimante ou, *rectius*, a situação fundamentadora da sua legitimidade.¹⁸⁹

Em suma, a relação de pertinência material entre a finalidade estatutária da entidade qualificada e o objeto da tutela é constitutiva do interesse legítimo ou situação legitimante e, como tal, as ações representativas só podem ser propostas pelas entidades qualificadas cuja finalidade estatutária principal esteja diretamente relacionada com os direitos dos consumidores reconhecidos pela União Europeia que hajam sido violados.

Este requisito pretende constituir um escudo contra o uso abusivo das ações representativas, ao mesmo tempo que se presta a assegurar a efetividade da tutela coletiva e a adequação da representatividade dos consumidores lesados, em virtude da especialização e do conhecimento sobre as matérias relativas aos direitos dos consumidores de que estas entidades dispõem.¹⁹⁰

¹⁸⁸ COROMINAS BACH, Sergi, *Los procesos colectivos (...)*, op. cit., p. 186.

¹⁸⁹ No mesmo sentido, vide, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Acciones colectivas: pretensiones y legitimación*, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, et. al. (coord.), Marcial Pons, 2018, pp. 56 e 57.

¹⁹⁰ COROMINAS BACH, Sergi, *Los procesos colectivos (...)*, op. cit. loc. cit., p. 186.

Ademais, para que seja designada como entidade legitimada para a propositura de ações representativas transfronteiriças, a entidade qualificada não pode prosseguir fins lucrativos.

A aferição do escopo lucrativo afere-se não pelo tipo de atividade prosseguida pela entidade, mas pelo destino dos resultados de tal atividade. As entidades sem escopo lucrativo são aquelas cujos resultados derivados do desenvolvimento da respetiva atividade se destinam ao alcance e à promoção do seu escopo ideal ou fim estatutário; por seu turno, no caso das entidades com escopo lucrativo, aqueles resultados destinam-se a ser repartidos pelos sócios.¹⁹¹

De outro modo, o que caracteriza as entidades com escopo lucrativo é a obtenção de lucro e a sua posterior distribuição pelos sócios, enquanto que, o que caracteriza as entidades sem fins lucrativos é a utilização dos lucros obtidos na prossecução da sua atividade para a realização dos seus fins estatutários e a proibição de distribuição de tais lucros.

Desta forma, previne-se um conflito entre os interesses das entidades qualificadas e os interesses dos consumidores e o risco de abuso, evitando que aquelas entidades coloquem os seus próprios interesses à frente dos interesses dos consumidores que se visam tutelar através da ação representativa.

No mais, o caráter não lucrativo das organizações ou dos órgãos públicos independentes gera nos consumidores um espírito de confiança, porquanto, lhes transmite uma imagem de empenho, probidade e seriedade das entidades legitimadas na tutela efetiva dos seus interesses.

Do prisma financeiro, aspeto fulcral para o êxito das ações representativas, requerer-se, essencialmente, às entidades qualificadas capacidade, independência e transparência.¹⁹² Para tanto, as entidades qualificadas:

- i. não devem estar sujeitas a processo de insolvência ou declaradas insolventes;
- ii. devem ser independentes e não devem ser influenciadas por pessoas, exceto consumidores, que tenham um interesse económico em intentar qualquer ação

¹⁹¹ BRAZZINI, Sara e MUIÁ, Pier Paolo, *La nuova class (...)*, op. cit., p. 68; SOUSA, Miguel Teixeira de, *A legitimidade popular (...)*, op. cit., p. 189.

¹⁹² No mesmo sentido, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Acciones colectivas (...)*, op. cit., p. 57.

representativa, em particular, por comerciantes ou financiadores, incluindo em caso de financiamento por terceiros;

iii. devem estabelecer procedimentos para prevenir tal influência, assim como, os conflitos de interesses entre si, os seus financiadores e os interesses dos consumidores;

iv. devem divulgar publicamente, por qualquer meio apropriado, em particular no seu site, através de linguagem clara e inteligível, informações que demonstrem a conformidade com os critérios de designação e a informações gerais sobre as suas fontes de financiamento em geral (ou seja, da sua atividade em geral), a sua estrutura organizacional, de gestão e os seus membros, objetivos e atividades.

Ademais, relativamente ao financiamento das ações representativas de reparação¹⁹³, os Estados-Membros devem garantir que, nos casos em que haja acordos de financiamento, os conflitos de interesses sejam impedidos e que o financiamento por terceiros com interesses económicos em propor a ação ou no seu resultado não desvirtua a ação representativa de reparação para a proteção dos interesses dos consumidores.¹⁹⁴

Para tanto, os Estados-Membros devem assegurar que as decisões das entidades qualificadas no contexto de uma ação representativa de reparação, não são indevidamente

¹⁹³ A capacidade financeira das entidades qualificadas é um requisito determinante para a efetividade das ações representativas de reparação. Com o propósito de obstar à não propositura destas ações devido à dificuldade das entidades qualificadas em suportar os custos económicos do litígio, o financiamento privado externo ou *third-party litigation funding*, expediente largamente utilizado nos países de *common law*, tem ganho, nos últimos anos, visibilidade nos países de *civil law* europeus, nomeadamente, no quadro comunitário. A «Proposta de Diretiva» integra este expediente – o qual pode, porém, assumir diversas configurações – dentre os mecanismos de financiamento das ações representativas de reparação deixando, no entanto, à discricionariedade dos Estados-Membros a permissão de acordos de financiamento. Este mecanismo é suscetível de gerar problemas de maior, daí a renitência dos países europeus na sua receção, nomeadamente, por ser propício à emergência de conflitos entre os interesses próprios dos financiadores e os interesses dos lesados o que, por seu turno, prejudicará a representatividade adequada dos interesses dos lesados. Como tal, a regulamentação dos acordos de financiamento deve ser envolta por pressupostos robustos, por forma a afastar tais problemas.

Uma análise profunda desta temática cai fora do objeto do presente estudo, pelo que, nos limitamos a salientar que na procura do modelo ideal de legitimidade para agir é fundamental a ponderação dos aspetos económicos e que, por seu turno, se torna fulcral refletir sobre as formas de financiamento privado do litígio por terceiros.

Para um desenvolvimento do tema, *vide* por todos, VELJANOVSKI, Cento, *Third Party Litigation Funding in Europe*, in *JLEP*, Vol. 8, 2012, *passim*; TRUSZ, Jennifer A., *Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration*, in *The Georgetown Law Journal*, Vol. 101, 2013, *passim*; LYON, Jason, *Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation*, in *UCLA Law Review*, Vol. 571, 2010, *passim*; FITZPATRICK, Brian T., *Can and Should the New Third-Party Litigation Financing Come to Class Actions?*, in *TIL*, Vol. 19, 2018, *passim*; SÁNCHEZ-RIVERA, Pedro, *La financiación de las acciones colectivas y la Third Party Funding. Especial referencia de la experiencia en Australia y Estados Unidos*, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, *et. al. (coord.)*, Marcial Pons, 2018, pp. 315 a 332.

¹⁹⁴ *Cfr.*, artigo 7.º, n.º 1 da «Proposta de Diretiva».

influenciadas pelo terceiro financiador, de tal forma que seriam prejudiciais para os interesses dos consumidores, do mesmo modo que, devem garantir que aquela ação não é intentada contra um réu concorrente do terceiro financiador ou de quem este dependa.¹⁹⁵

Estas medidas específicas visam, por um lado, evitar os conflitos entre os interesses das entidades qualificadas, dos consumidores e dos terceiros financiadores, impedindo que estes procurem exercer um domínio sobre as tomadas de decisões das entidades qualificadas com o objetivo de priorizar os seus próprios interesses em detrimento dos interesses das entidades qualificadas e, sobretudo, dos consumidores; e, por outro lado, visam evitar que o financiamento dos litígios constitua um expediente a que o financiador recorre com o propósito de perturbar a atividade de operadores concorrentes, através, precisamente, do financiamento estratégico de litígios contra aqueles.

Os Estados-Membros devem garantir que os tribunais ou as autoridades administrativas autorizadas tenham poderes para controlar o cumprimento destes objetivos e medidas particulares. Daí que, é de todo relevante que as entidades qualificadas, ao abrigo de um dever de transparência, divulguem ao tribunal ou à autoridade administrativa autorizada as fontes de financiamento tanto geral – isto é, devem divulgar a origem dos recursos financeiros que advêm da sua atividade em geral –, como particular – ou seja, devem divulgar os recursos financeiros mobilizados para suportar um determinado litígio e revelar a existência e o conteúdo integral do acordo de financiamento.¹⁹⁶

Se surgirem dúvidas quanto ao cumprimento daqueles objetivos e medidas, os Estados-Membros devem assegurar que os tribunais ou as autoridades administrativas autorizadas podem agir em conformidade, nomeadamente, exigindo à entidade qualificada a recusa do financiamento ou a solicitação de alteração do acordo de financiamento e, em último termo, o pode se rejeitar o estatuto de entidade qualificada numa ação representativa de reparação específica.¹⁹⁷

De mais a mais, os Estados-Membros devem garantir que os custos processuais relativos às ações representativas não abalem a capacidade das entidades qualificadas para suportar financeiramente uma ação representativa de reparação, providenciando medidas como a redução das taxas judiciais ou administrativas e prevendo o acesso

¹⁹⁵ *Cfr.*, artigo 7.º, n.º 2 da «Proposta de Diretiva».

¹⁹⁶ *Cfr.*, artigo 7.º, n.º 3 da «Proposta de Diretiva».

¹⁹⁷ *Cfr.*, artigo 7.º, n.º 4 da «Proposta de Diretiva».

gratuito à justiça ou outro expediente de financiamento público.¹⁹⁸ Com o mesmo fim, os Estados-Membros devem poder estabelecer regras que possibilitem às entidades qualificadas exigir taxas de inscrição ou encargos de participação aos consumidores que expressam a sua vontade em ser representados por uma entidade qualificada numa determinada ação representativa de reparação.¹⁹⁹

Os Estados-Membros deverão poder designar previamente entidades qualificadas, as quais devem, nomeadamente, apresentar uma determinada estabilidade e continuidade. Este pressuposto parece sugerir que o legislador pretendeu atribuir legitimidade apenas às entidades que atuem de forma estável e duradoura para a tutela dos interesses dos consumidores.²⁰⁰

Não obstante, e apesar de a presente «Proposta de Diretiva» não instar os Estados-Membros a introduzir a possibilidade de designar entidades qualificadas numa base *ad hoc*, para a propositura de ações representativas domésticas, os Estados-Membros podem designar entidades qualificadas constituídas numa base *ad hoc* para uma ação representativa específica.

No entanto, para que sejam designadas como entidades qualificadas, as entidades constituídas numa base *ad hoc* devem cumprir os critérios de designação para entidades qualificadas, conforme previsto na legislação nacional.²⁰¹

Não poderia ter sido outra a escolha do legislador, do mesmo modo que considerando a falta de estabilidade e durabilidade destas entidades, não pode ser outro o entendimento se não o de que as entidades qualificadas formadas numa base *ad hoc* devem fazer uma prova mais significativa acerca da observância dos critérios de designação e da representação adequada dos interesses dos consumidores de que se arrogam portadores.

A questão da representatividade adequada assume um sentido diferente quando se trata de entidades qualificadas previamente designadas, que prosseguem a tutela dos interesses dos consumidores com uma certa estabilidade e com evidências da efetiva prossecução de tais interesses, em relação às entidades criadas especificamente para a propositura de uma determinada ação representativa. Nestes casos, a verificação dos

¹⁹⁸ *Cfr.*, artigo 15.º, n.ºs 1 e 1a da «Proposta de Diretiva».

¹⁹⁹ *Cfr.*, artigo 15.º, n.º 1b da «Proposta de Diretiva».

²⁰⁰ Com uma ideia próxima, pese embora, se refira à legislação italiana sobre a matéria, *vide*, GIUGGIOLI, Pier Filippo, *L'azione di classe (...)*, *op. cit.*, p. 40.

²⁰¹ *Cfr.*, artigo 4.º, n.º 6 da «Proposta de Diretiva».

critérios de designação e a aferição da adequação da representação daquelas entidades é, por certo, uma tarefa mais complexa.²⁰²

Esta designação pode ser efetuada pelo tribunal ou por uma autoridade administrativa autorizada, incluindo pela forma de aceitação, quando aplicável.²⁰³

No entanto, para fins de ações representativas transfronteiriças, pela sua própria natureza e complexidade, são necessárias salvaguardas. Como tal, as entidades qualificadas designadas numa base *ad hoc* não devem ser admitidas para efeitos de propositura de ações representativas transfronteiriças.

Além das entidades qualificadas, os Estados-Membros podem designar organismos públicos como entidades com o objetivo de propor ações representativas domésticas e transfronteiriças, permitindo-se que os organismos públicos já designados como entidades qualificadas na aceção da Diretiva 2009/22/CE permanecerão elegíveis como entidades qualificadas.²⁰⁴

Os Estados-Membros estão obrigados ao cumprimento de deveres de informação e publicidade com vista a garantir a transparência e a divulgação das entidades qualificadas designadas para o exercício das ações representativas.

Do ponto de vista dos consumidores, torna-se relevante, por razões de segurança jurídica, o conhecimento das organizações e dos órgãos públicos independentes que hajam sido designados como entes capazes de garantir a representatividade adequada dos seus interesses em juízo.

Como tal, cada Estado-Membro deve comunicar à Comissão uma lista das entidades qualificadas previamente designadas para efeitos das ações representativas transfronteiriças, incluindo o nome e a finalidade dessas entidades, devendo proceder de igual forma sempre que haja alterações nessa lista. Os Estados-Membros devem disponibilizar publicamente a lista das entidades qualificadas previamente designadas com o objetivo de levar a cabo ações representativas transfronteiriças. De igual forma, a Comissão deve tornar pública uma lista compilada daquelas entidades, a qual deverá ser sempre alterada em função das alterações que forem comunicadas à Comissão.²⁰⁵

²⁰² TEDIOLI, Francesco, *La class action alla italiana (...)*, *op. cit.*, p. 842, nota de rodapé n.º 50.

²⁰³ *Cfr.*, Considerando (11-A) da «Proposta de Diretiva».

²⁰⁴ *Cfr.*, artigo 4.º, n.º 7 da «Proposta de Diretiva».

²⁰⁵ *Cfr.*, artigo 4.º-A, n.º 1 da «Proposta de Diretiva».

Do mesmo modo, os Estados-Membros devem garantir que as informações sobre as entidades qualificadas previamente designadas com o objetivo de intentar ações representativas domésticas são publicamente disponibilizadas.²⁰⁶

Além dos deveres de informação e publicidade, cumpre aos Estados-Membros a prossecução de um dever de monitorização do cumprimento dos critérios de designação pelas entidades qualificadas, assim se pretendendo assegurar a atualização constante acerca das entidades qualificadas que reúnem as condições necessárias para exercer uma ação representativa.

Em concreto, cabe aos Estados-Membros da designação garantir que a entidade qualificada designada para fins de ações representativas transfronteiriças cumpre os critérios de designação, avaliar o cumprimento de tais critérios pelo menos de cinco em cinco anos e, se necessário, revogar a designação da entidade qualificada.²⁰⁷

Se em virtude da monitorização do cumprimento dos critérios de designação das entidades qualificadas, surgirem preocupações em relação ao cumprimento de tais critérios, o Estado-Membro que a designou deve investigar essas preocupações e, quando apropriado, deverá revogar a designação se um ou mais critérios não são cumpridos.²⁰⁸

Na pendência de uma ação representativa, o comerciante demandado tem a possibilidade de suscitar perante o tribunal ou a autoridade administrativa preocupações relacionadas com o cumprimento dos critérios de designação por uma entidade qualificada.²⁰⁹

Os Estados-Membros devem designar pontos de contacto nacionais com o propósito de transmitir e receber pedidos de investigação acerca das preocupações relacionadas com o cumprimento dos critérios de designação pelas entidades qualificadas, assim como, o nome e os contactos dos quais devem ser comunicados à Comissão. Por seu turno, a Comissão deverá elaborar uma lista dos pontos de contacto designados por cada Estado-Membro e disponibilizar essa lista aos Estados-Membros.²¹⁰

Os Estados-Membros devem garantir que as ações coletivas transfronteiriças podem ser propostas nos seus tribunais ou autoridades administrativas autorizadas pelas

²⁰⁶ *Cfr.*, artigo 4.º-A, n.º 2 da «Proposta de Diretiva».

²⁰⁷ *Cfr.*, artigo 4.º-A, n.º 3 da «Proposta de Diretiva».

²⁰⁸ *Cfr.*, artigo 4.º-A, n.º 4, 1ª parte da «Proposta de Diretiva».

²⁰⁹ *Cfr.*, artigo 4.º-A, n.º 4, *in fine* da «Proposta de Diretiva».

²¹⁰ *Cfr.*, artigo 4.º-A, n.º 5 da «Proposta de Diretiva».

entidades qualificadas previamente designadas com o objetivo de promover essas ações por outros Estados-Membros.²¹¹

Nos casos em que a conduta lesiva do comerciante lesa ou ameaça de lesão consumidores de diferentes Estados-Membros, as entidades qualificadas de diferentes Estados-Membros devem poder unir-se para proteger os interesses dos consumidores no âmbito de uma única ação representativa a intentar junto do tribunal competente ou de uma autoridade administrativa autorizada de um Estado-Membro, sujeito às regras relevantes da jurisdição competente.²¹²

Não obstante, deve ressaltar-se que esta possibilidade está dependente da aferição pelo tribunal competente ou pela autoridade administrativa autorizada acerca da adequação da ação para ser ouvida como uma ação representativa singular, abrindo-se, assim, margem à discricionariedade do tribunal ou da autoridade administrativa.²¹³

O reconhecimento mútuo da legitimidade das entidades designadas para a propositura de ações representativas transfronteiriças deve ser assegurado. As identidades destas entidades qualificadas devem ser comunicadas à Comissão e a Comissão deve disponibilizar publicamente essa lista, evidenciando-se, uma vez mais, o relevo dos deveres de informação e de publicidade acerca dos elementos relacionados com as entidades qualificadas.

A inclusão na lista de entidades qualificadas deve servir como prova da legitimidade destas entidades para promover a ação representativa transfronteiriça. Entende-se, em princípio, que por estarem incluídas na lista de entidades qualificadas as organizações e órgãos públicos independentes reúnem os critérios de designação e que, como tal, são entidades habilitadas para a propositura de uma ação representativa transfronteiriça.

Não obstante, os tribunais ou autoridades administrativas autorizadas têm o direito de avaliar se o objetivo estatutário da entidade qualificada justifica a propositura da ação num caso específico, atribuindo-se um poder discricionário aos tribunais e às autoridades administrativas na aferição dos requisitos de elegibilidade das entidades qualificadas.²¹⁴

²¹¹ *Cfr.*, artigo 4.º-ter, n.º 1 da «Proposta de Diretiva».

²¹² *Cfr.*, artigo 4.º-ter, n.º 2 da «Proposta de Diretiva».

²¹³ *Cfr.*, considerando (11-D) da «Proposta de Diretiva».

²¹⁴ *Cfr.*, artigo 4.º-ter, n.º 3 da «Proposta de Diretiva».

Apesar de se esperar que as entidades qualificadas cumprem os seus objetivos estatutários e que tais objetivos são consentâneos com o objeto da ação, o tribunal ou a autoridade administrativa autorizada deve controlar a compatibilidade entre a finalidade estatutária da entidade qualificada e o que se visa tutelar na ação representativa transfronteiriça, o que significa, no limite, que a prossecução da ação representativa transfronteiriça está dependente da discricionariedade das autoridades judiciais ou administrativas.

A «Proposta de Diretiva» possibilita que as entidades qualificadas possam solicitar, em simultâneo, numa única ação representativa, medidas de cessação e medidas de reparação.²¹⁵

Esta opção legislativa, inovadora e, de resto, imprescindível para assegurar a efetividade da tutela dos interesses dos consumidores como há décadas se fazia sentir, haveria de se refletir – como reflete – no regime da legitimidade para agir consagrado na «Proposta de Diretiva».

A solicitação, em conjunto, de medidas de cessação e de reparação será adequada para a tutela daquelas situações em que a conduta ilícita do profissional haja afetado concomitantemente interesses de natureza coletiva e interesses individuais homogêneos.

Quer-se dizer, a tutela adequada desta tipologia de situações implica que a ação representativa congregue uma medida de cessação destinada a proteger os interesses de natureza coletiva e uma medida de reparação para a tutela dos interesses individuais homogêneos cuja lesão ocorre de forma protelada no tempo, produzindo-se o que se designa por danos continuados ou progressivos.²¹⁶

Torna-se necessário, pois, o exercício, em conjunto, de uma ação representativa de cessação e de uma ação representativa de reparação, por forma a permitir a cessação da conduta ilícita que afeta invariavelmente todos os consumidores e a reparação dos danos individualmente sofridos por cada um deles.

Por conseguinte, no mesmo processo onde se exerce uma ação de cessação para a tutela de interesses coletivos amplamente compreendidos, visando-se a cessação de uma determinada conduta ilícita, deverá poder também exercer-se uma ação de reparação destinada a reparar os danos individuais que aquela conduta possa ter provocado.²¹⁷

²¹⁵ *Cfr.*, artigo 5.º, n.ºs 2 e 3 da «Proposta de Diretiva».

²¹⁶ No mesmo sentido, COROMINAS BACH, Sergi, *Los procesos colectivos (...)*, *op. cit.*, p. 148.

²¹⁷ *Ibidem*, pp. 155 e 156.

O regime da legitimidade processual ativa haverá de refletir – e reflete –, com coerência, esta possibilidade de exercício, em conjunto, de uma ação representativa de cessação e de uma ação representativa de reparação.

Quando ambas as ações são intentadas separadamente as dissimilaridades em relação aos entes aos quais é atribuída legitimidade para agir são irrelevantes, é dizer, é insignificante se se concede legitimidade para agir a entes distintos para o exercício de cada uma dessas ações ou, se pelo contrário, o direito de ação pertence aos mesmos entes em ambas as modalidades de ação.

O mesmo já não se pode dizer quando num único processo se agregam a ação de cessação e a ação de reparação. A atribuição de legitimidade para agir a entes distintos em relação a cada uma das modalidades de ação geraria, por certo, acentuados problemas para a tutela conjunta dos interesses de natureza coletiva e dos interesses individuais homogêneos.

Importa, assim, que se consagre uma legitimidade para agir comum quando esteja em causa uma única ação destinada à tutela conjunta de interesses de natureza coletiva e de interesses individuais homogêneos. O mesmo é dizer que, os entes legitimados para a propositura das ações de cessação e de reparação devem ser os mesmos, por forma a proporcionar o exercício conjunto de tais ações ou, dito outro modo, por forma a proporcionar a tutela numa única ação daqueles dois núcleos de interesses.²¹⁸

Por assim dever ser, cremos que bem andou o legislador europeu ao atribuir legitimidade para a proposição das ações representativas às entidades qualificadas sem proceder a qualquer diferenciação com base no objeto das respetivas ações.

1.3. A determinação da legitimidade processual e a legitimidade para agir das entidades qualificadas

A análise precedente passou pela determinação dos entes aos quais foi reconhecida legitimidade para a propositura de ações representativas domésticas e transfronteiriças e quais os requisitos que tais entes devem reunir por forma a asseverar-se da respetiva legitimidade, à luz do novo quadro europeu em matéria de tutela coletiva para a proteção dos interesses dos consumidores.

²¹⁸ *Ibidem.*

Neste sentido, em conformidade com os comandos erigidos pelo legislador europeu, afirmámos que as entidades qualificadas (organizações e órgãos públicos independentes) estão legitimadas para intentar uma ação representativa para a proteção dos interesses dos consumidores desde que cumpram os requisitos estabelecidos pelo legislador europeu, tratando-se de ações representativas transfronteiriças, e/ou os requisitos fixados pelo legislador de cada um dos Estados-membros nas hipóteses de ações representativas domésticas os quais visam, por um lado, evitar o uso abusivo das ações representativas e, por outro lado, assegurar a representatividade adequada dos interesses dos consumidores lesados em juízo.²¹⁹

Posto isto, importa proceder à determinação da conformação da legitimidade processual das entidades qualificadas. Para tanto é relevante tomar em consideração dois elementos: quem tem legitimidade para agir – as entidades qualificadas – e quais os interesses que se visam tutelar na ação representativa reparatória – os interesses individuais homogêneos.

A legitimidade processual é entendida como a suscetibilidade para ser parte numa ação e é apreciada em função da relação da parte com o objeto da ação, o mesmo é dizer, a legitimidade, enquanto poder para conduzir o processo, é delimitada através da titularidade do direito controvertido. Como tal, a legitimidade processual é relativa a uma determinada ação e a um determinado objeto.²²⁰

Esta relação da parte com o objeto da ação afere-se através do interesse da parte face a esse objeto. O interesse é o elemento de conexão da parte com o objeto da ação, possibilitando a apreciação da legitimidade.²²¹

A relação da parte com o objeto do processo pode assumir diferentes configurações. Se a parte na causa é titular do objeto do processo estamos perante o que se designa por legitimidade direta. Nestes casos, o titular dos interesses a defender em juízo é quem ostenta a legitimidade para agir. Por sua vez, se a parte não é titular do objeto do processo, isto é, se a legitimidade é atribuída a pessoa distinta do titular dos interesses que se visam proteger, tal legitimidade designa-se de legitimidade indireta.²²²

²¹⁹ MARTÍN PASTOR, José, *Las técnicas de reparación judicial (...)*, *op. cit.*, p. 132.

²²⁰ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, LEX, 1995, p. 47; CASTRO MENDES, João de, *Direito Processual Civil*, Vol. II, aafdl, 2012, p. 130; BEZERRA, José Miguel, SAMPAIO E NORA, ANTUNES VARELA, João de Matos, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2006, pp. 134 a 140.

²²¹ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *As partes, (...)*, *op. cit.*, *loc. cit.*, pág. 47; CASTRO MENDES, João de, *op. cit.*, pág. 133.

²²² TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *As partes (...)*, *op. cit.*, pág. 48; SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, pp. 86 e 87.

Em conformidade com a regra geral – e, por isso, a legitimidade direta é também designada de legitimidade ordinária, atendendo a um critério de frequência – é parte legítima na causa quem for titular do direito material esgrimido em juízo, havendo coincidência subjetiva entre a titularidade da relação jurídica de direito material e a relação jurídica de direito processual.

Excecionalmente, admite-se a quem não é titular da relação jurídica de direito material a atuação no processo para a defesa de direitos de outrem. Assiste-se em tais situações a uma exceção à regra geral, porquanto, se verifica uma desvinculação ou dissociação entre a titularidade da relação jurídica de direito material e a legitimidade para agir no processo. Trata-se, portanto, de uma legitimidade indireta ou extraordinária.

Como suprarreferido, a legitimidade processual afere-se em função da relação da parte com o objeto do processo, intercedendo entre estes dois vetores um elemento-conetor que se consubstancia no interesse da parte perante o objeto do processo.

Ora, o interesse da parte ativa da relação jurídica processual consiste no interesse direto em demandar, não bastando um interesse indireto ou derivado, o qual se exprime pela utilidade derivada da procedência da ação, sendo tal interesse a causa jurídica da legitimidade do autor.²²³

Contudo, o critério do interesse direto em demandar está envolto por dificuldades de aplicação prática, de tal forma que o legislador fixou um critério supletivo para a determinação da legitimidade processual.

Em princípio, na ausência de norma legal em contrário, o interesse em demandar é reconhecido aos titulares do objeto do processo, ou seja, consideram-se titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação material controvertida.

Evidencia-se, assim, que o legislador português consagrou para efeitos de aferição da legitimidade processual o critério do interesse.²²⁴

Pressupondo-se, por conseguinte, que a titularidade da relação material controvertida é condição determinante para que as partes sejam consideradas legítimas, facilmente se compreende que a legitimidade das entidades qualificadas para a

²²³ Cfr., artigo 30.º, n.º 2 do CPC.

²²⁴ De entre os diversos modos de aferição da legitimidade processual o legislador português consagrou o critério do interesse proposto por SHÖNKE. Para uma referência aos vários modos de aferição ou determinação da legitimidade processual, veja-se, COSTA e SILVA, Paula, *Um Desafio à Teoria Geral do Processo. Repensando a Transmissão da Coisa ou Direito em Litígio. Ainda um Contributo para o Estudo da Substituição Processual*, Coimbra Editora, 2009, pp. 163 a 171.

propositura de ações representativas reparatórias não é explicável através deste critério, não se conformando mediante a categoria da legitimidade ordinária.

A ação representativa é, nos moldes do proposto pelo legislador europeu, uma ação para a proteção dos interesses dos consumidores intentada por uma entidade qualificada, que é a parte no processo, em nome dos consumidores que hajam sido afetados por uma conduta perpetrada por um profissional violadora dos direitos dos consumidores reconhecidos pelo Direito da União Europeia.²²⁵

As entidades qualificadas atuam na lide com vista à defesa dos interesses dos consumidores afetados por um ato ilícito não tendo, ao invés, como propósito a defesa de interesses próprios.

Ademais, prosseguindo-se uma ação judicial com vista à obtenção de uma reparação pelos danos resultantes da prática de uma conduta pluriofensiva por um profissional, o objeto de tutela de tal ação circunscreve-se, como já tivemos oportunidade de evidenciar, aos designados interesses individuais homogêneos.

Os interesses individuais homogêneos são verdadeiros direitos subjetivos individuais, sendo titulados por sujeitos individuais determinados, e materialmente divisíveis, porquanto, o seu objeto se atomiza em bens individuais pertencentes a indivíduos determinados e, conseqüentemente, suscetíveis de ser gozados e lesados de forma individualizada e diferenciada.²²⁶

A qualificação destes interesses de “homogêneos” não deturpa a sua natureza de direitos subjetivos individuais, querendo apenas significar que estamos perante um conjunto de direitos subjetivos individuais que se interligam pela sua similitude ou homogeneidade.²²⁷

A homogeneidade dos direitos subjetivos individuais convola-os em direitos de massa, *rectius*, em direitos subjetivos individuais pertencentes, em termos isomórficos, a uma massa de indivíduos. Existe, pois, entre os sujeitos titulares dos interesses individuais homogêneos uma relação que decorre de serem titulares individuais de direitos com traços semelhantes.²²⁸

²²⁵ Cfr., artigo 3.º, (4) da «Proposta de Diretiva».

²²⁶ CAPONI, Remo, *Tutela collettiva: interessi proteti e modelli processuale*, in RDC, n.º 16, 2009, p. 139; GRINOVER, Ada Pellegrini, *Significado social (...)*, op. cit., p. 12; ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., pp. 34 a 37.

²²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p. 34; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 47.

²²⁸ *Ibidem*.

As características dos interesses individuais homogêneos incitam-nos a concluir que a legitimidade das entidades qualificadas não é uma legitimidade direta ou ordinária. As entidades qualificadas não são, nem sequer de forma parcial, titulares da relação material controvertida, pertencendo tal titularidade a cada um dos consumidores lesados.

As entidades qualificadas são entes legitimados, como partes processuais, atuando em nome próprio, mas no interesse dos consumidores lesados e para a tutela dos direitos destes.

Verifica-se, pois, uma relação de dissociação entre a titularidade da relação material litigiosa e a titularidade do direito de ação ou, dito de outro modo, assiste-se a uma dissociação entre a titularidade dos interesses tutelados e a legitimidade para agir concedida às entidades qualificadas.

Denegando-se a possibilidade de categorizar a legitimidade das entidades qualificadas como legitimidade direta, requer-se que a legitimidade processual ativa de tais entidades se afira com base em circunstâncias que extravasem a titularidade da relação material litigiosa.

Quer-se dizer que, o reconhecimento da legitimidade para agir às entidades qualificadas é independente da titularidade do objeto do processo, sendo reconhecida a um ente que não é titular da relação material controvertida, o que nos obriga a entender que estamos perante uma hipótese de legitimidade indireta ou extraordinária.²²⁹

A legitimidade das entidades qualificadas para a tutela dos interesses individuais homogêneos dos consumidores corresponde a uma hipótese de legitimidade indireta ou extraordinária, na medida em que aquelas entidades não podem arrogar-se da titularidade daqueles interesses, os quais pertencem a uma pluralidade de consumidores lesados por uma determinada conduta danosa praticada por um profissional.

A dissociação subjetiva entre a titularidade dos interesses tutelados e a legitimidade para agir concedida às entidades qualificadas tem sido técnico-juridicamente conformada pela doutrina através de diferentes figuras jurídicas, mormente, as figuras da substituição processual e da representação processual.

Como tal, uma vez categorizada a tutela dos interesses individuais homogêneos por uma entidade qualificada como uma situação de legitimidade indireta ou extraordinária, importa averiguar se algumas daquelas figuras que têm sido reconduzidas

²²⁹ No mesmo sentido, CATALÁN CHAMORRO, María José, *El acceso a la justicia de consumidores (...)*, *op. cit.*, p. 103; COROMINAS BACH, Sergi, *Los procesos colectivos (...)*, *op. cit.*, p. 199; SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, p. 114.

a esta categoria de legitimidade constituem um “fato à medida” para a conformação jurídica da legitimidade processual ativa das entidades qualificadas.

De entre as figuras da legitimidade indireta conta-se, como se disse, a substituição processual, a qual beneficia de uma longa tradição jurídica.

Esta figura processual é chamada à colação nos casos em que uma determinada ação é exercida por um determinado sujeito em nome próprio e no seu próprio interesse, mas para a defesa de um direito alheio.²³⁰

Em tais casos, quem atua em juízo, em nome próprio para a tutela de um direito de outrem, substitui-se ao titular do respetivo direito no exercício do poder de requerer ao tribunal a tutela jurisdicional, daí que, tal fenómeno assumo a designação de substituição processual.²³¹

Aquele que atua em juízo na defesa direito alheio – o substituto – fá-lo em nome próprio, figurando como parte processual em substituição da parte material – o substituído. Em tais hipóteses, portanto, a parte processual ou substituto não coincide com a parte material ou substituída, a quem pertence o direito controvertido.

O substituto processual atua em nome próprio, enquanto parte na causa, mas os efeitos do caso julgado abrangem também os substituídos, sendo estes, apesar de titulares dos interesses tutelados na lide, qualificados processualmente como terceiros.

Assim, perfilhando-se a tese da substituição processual, os interesses individuais homogéneos tuteláveis são subjetivados nos consumidores lesados cabendo às entidades qualificadas, através da atribuição de uma legitimidade processual extraordinária, atuar por sua conta, substituindo aqueles em juízo para a tutela dos seus interesses.²³²

A atuação do substituto processual baseia-se numa autorização legal, ou seja, o substituto processual está autorizado a intentar a ação na medida em que tal legitimidade lhe foi expressamente atribuída por lei, dispensando-se qualquer autorização expressa do substituído.

Esta autorização legal para a atuação do substituto processual funda-se, por sua vez, na titularidade pelo substituto processual de uma relação jurídica material conexa

²³⁰ SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, op. cit., p. 88; MONTERO AROCA, Juan, *La legitimación en el Proceso Civil*, Editorial Civitas, 1994, p. 52.

²³¹ Vide, por todos, ANSELMO DE CASTRO, Artur, *Lições de Processo Civil*, Almedina, 1973, págs. 711 e 712; LEBRE DE FREITAS, José, LEBRE DE FREITAS, José, *Introdução ao Processo Civil*, 4.ª edição, GestLegal, 2017, pp. 78 e 79.

²³² Num sentido próximo, LEBRE DE FREITAS, José, *A acção popular do direito português, in Sub Judice*, n.º 23, 2003, p. 18.

com a relação jurídica material controvertida, da qual advém o seu interesse para atuar na lide.²³³

Por outras palavras, considerando que estão em causa interesses próprios do substituto processual, a lei entende justificável que este seja parte na causa sobre direitos alheios, não obstante, segundo as normas gerais o direito de ação pertencesse ao titular do direito material controvertido.

Aqui reside o ponto nevrálgico da substituição processual, cuja desconsideração tem dado causa a inúmeras obscuridades e a aplicações inexatas desta figura.

O fenómeno da legitimidade por substituição processual só pode afirmar-se se se reconhecer a existência de duas relações jurídicas materiais – a relação material controvertida e uma relação material entretecida entre o substituto processual e o substituído –, existindo entre elas uma conexão subjetiva que justifica que o substituto processual atue no seu próprio interesse, mas para a tutela de um direito que é titulado pelo substituído.

O mesmo é dizer, nos casos de substituição processual o substituto está vinculado ao substituído por uma relação material intimamente conexas com a relação material controvertida, o que justifica a ampliação da legitimidade a um sujeito – o substituto processual – titular de uma situação material distinta da que constitui o objeto da relação material controvertida.²³⁴

Em rigor, o substituto processual é titular de um interesse que está dependente do interesse do substituído, de tal forma que a tutela do interesse deste afetará indiretamente o interesse próprio do substituto, o que justifica a sua atuação.²³⁵

Quando as entidades qualificadas litigam em defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores fazem-no em nome próprio, assumindo a posição processual de parte, defendendo em nome próprio direitos alheios.

Porém, a atuação daquelas entidades não visa o seu próprio interesse, mas antes e somente os interesses dos consumidores lesados pelo facto danoso praticado por um profissional.

Além disso, em tais situações não se cumpre o pressuposto essencial atinente à existência de duas relações jurídicas materiais que se encadeiam, justificando a atuação

²³³ SANDES MAYO, María de Jesús, *op. cit.*, p. 88; MONTERO AROCA, Juan, *op. cit.*, p. 54; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A. e OLIVA SANTOS, Andrés de la, *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, 1994, p. 500.

²³⁴ Assim, por todos, ANSELMO DE CASTRO, Artur, *op. cit.*, *loc. cit.*, 711 e 712.

²³⁵ LEBRE DE FREITAS, José, *Introdução (...)*, *op. cit.*, pp. 78, nota de rodapé (5A).

do substituto processual no seu próprio interesse, mas para a tutela de direitos pertencentes ao substituído.

Assim é porque, em bom rigor, apenas se vislumbra a existência de uma única relação jurídica material que se estabelece entre os titulares dos interesses individuais homogêneos lesados e o agente da prática da conduta danosa. Não existindo concomitantemente uma prévia relação de direito material entre os titulares daqueles interesses e a entidade qualificada que encontre um nexo de vinculação ou dependência com a situação jurídica material estabelecida entre os titulares dos interesses lesados e o lesante.

Razão pela qual, LEBRE DE FREITAS assertivamente expressa que “(...) constitui grosseira *ficção* o apelo (...) a uma substituição em que o autor da ação pode não ser titular de qualquer interesse que dependa dos interesses principais da causa”.²³⁶

A legitimidade das entidades qualificadas não se funda, pois, na existência de uma relação material entre estas e os titulares dos interesses lesados conexa com a pretensão deduzida em juízo. Antes, em boa técnica, a legitimidade das entidades qualificadas encontra o seu fundamento numa escolha valorativa do legislador, ou seja, é o próprio legislador que reconhece a idoneidade destes entes para a tutela dos interesses objeto de tutela.

Ademais, é característica do fenómeno da substituição processual a formação de caso julgado quer perante o substituto processual, na medida em que é titular do interesse dependente do interesse do substituído (aliás, o que justifica a sua atuação como parte principal no processo), quer perante o substituído, enquanto titular do interesse defendido na lide.

Alerta, então, LEBRE DE FREITAS que a vinculação do substituído ao caso julgado – seja este favorável ou desfavorável –, em virtude do efeito negativo daquele, torna inadmissível a propositura de uma ação individual ulterior para a defesa dos seus interesses quando a ação coletiva haja culminado numa decisão de absolvição do réu.²³⁷

Contudo, por um lado, os consumidores lesados cujos interesses foram defendidos na ação, além de nela não participarem, podem nem ter tido conhecimento efetivo do correr da ação e, por outro lado, podem ser alvos e vítimas diretas de uma má condução processual por parte das entidades qualificadas, pelo que, tal efeito é claramente

²³⁶ *Ibidem*, pp. 106 e 107.

²³⁷ LEBRE DE FREITAS, José, *Introdução (...)*, *op. cit.*, pp. 107; *Idem*, *A acção popular do direito português*, *op. cit.*, pp. 18 e 19

pernicioso para aqueles consumidores, vedando-lhes a possibilidade de uma defesa posterior dos seus interesses.

Por ser assim, parece-nos resultar afastada a conformação da legitimidade para agir das entidades qualificadas através da figura da substituição processual.²³⁸

Nesta sequência, e uma vez refutada a figura da substituição processual, cumpre-nos observar os contornos do instituto da representação processual, que a par daquela figura, tem sido enquadrável pela doutrina como uma hipótese de legitimidade indireta ou extraordinária.²³⁹

A representação, à semelhança do que sucede no direito civil, é a figura jurídica nos moldes da qual um determinado sujeito - o representante - atua em nome e no interesse de outrem - o representado - para a defesa dos direitos deste e cujos efeitos jurídicos da respetiva atuação se produzem na esfera jurídica da pessoa em nome da qual se atua.²⁴⁰

O representante defende na lide, em nome do representado, um direito que é titulado por este. Precisamente pelo facto de atuar em nome alheio e não em nome próprio, o representante não é parte na causa. A parte processual é o representado, não obstante, o representante agir em nome deste e na defesa de um direito que a este pertence.²⁴¹

E, na medida em que no fenómeno representativo a qualificação de parte no processo é atribuída ao representado e não ao representante, este não será abrangido pelo caso julgado material, o qual vinculará somente o representado, quer seja favorável quer

²³⁸ Porém, em sentido contrário, entendendo que estas situações correspondem a uma hipótese de legitimidade por substituição processual, *vide* por todos, BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, BOSCH, 1995, p. 265; COROMINAS BACH, Sergi, *Los procesos colectivos (...)*, *op. cit.*, p. 198, “(...) las características de los intereses pluriindividuales homogéneos apuntadas obligan a hablar de una legitimación extraordinaria o por substitución, em los casos en que se legitime a um ente, ya que este no podrá afirmar la titularidade de la relación jurídico material deducida, sino que actuará en nombre próprio y en interés de los afectados”.

²³⁹ Reconhecendo a substituição processual e a representação como espécies do género da legitimidade extraordinária, *vide*, FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco, *Direito Processual Civil*, Vol. I, 2.^a Edição, Almedina, 2019, p. 384.

²⁴⁰ Sobre a figura da representação (em sentido material), veja-se, ALBUQUERQUE, Pedro de, *A representação voluntária em direito civil*, Almedina, Coimbra, 2004, em especial, pp. 1081 a 1201; PIRES DE LIMA, Fernando Andrade e ANTUNES VARELA, João de Matos, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.^a Edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 2010, pp. 240 a 250; PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, PAIS DE VASCONCELOS, Pedro Leitão, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2019, pp. 284 e ss.; DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A., *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Almedina, 1974, pp. 285 a 304; CARVALHO FERNANDES, Luís A., *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 2.^a edição, LEX, 1996, pp. 168 a 182.

²⁴¹ LEBRE DE FREITAS, José, *Introdução (...)*, *op. cit. loc. cit.*, pp. 78 e 79.

seja desfavorável, não obstante, não ter tido qualquer intervenção no processo e, de porventura, não ter tido conhecimento da propositura da ação.²⁴²

Esta consequência legal importa um efeito nefasto para os titulares dos interesses. A vinculação dos representados ao caso julgado material obsta à possibilidade de os mesmos posteriormente moverem uma ação judicial para fazer valer os seus interesses, o que significa que se produzirão efeitos jurídicos na esfera de sujeitos que simplesmente podem nem ter tido conhecimento da propositura da ação coletiva.²⁴³

No fenómeno representativo o representante age no interesse ou por conta de outrem, isto é, o representante deve prosseguir os interesses do representado. Quando alguém age em nome de outrem, mas visando interesses próprios não podemos falar de representação em sentido verdadeiro e próprio.

Por que o representante age em nome do representado é necessário que haja uma autorização específica da lei ou a outorga individual de poderes representativos que confira permissão ao representante para agir na defesa de interesses alheios, tanto mais porque quer os atos praticados no processo quer a decisão judicial em que este culminará, seja favorável ou desfavorável, serão vinculativos para o representado.

O representante tem de estar legitimado para interferir na esfera jurídica do representado, devendo para tanto ser-lhe atribuído o poder jurídico para atuar – o designado poder representativo. É, pois, na outorga do poder jurídico de atuação que reside o fundamento da intervenção do representante em esfera alheia.²⁴⁴

Nas hipóteses em que os poderes representativos emanam direta e especificamente da lei estamos perante a designada representação legal. Diferentemente, quando os poderes representativos têm a sua fonte num ato voluntário, unilateral (procuração) ou bilateral (mandato com representação), do representado encontramos-nos ante a figura da representação processual voluntária.

A representação legal está reservada para os casos em que os sujeitos titulares dos direitos litigiosos se encontram legalmente impossibilitados de exercer, por si mesmos, os seus direitos em juízo. A representação torna, assim, exequível a atividade

²⁴² LEBRE DE FREITAS considera que também a representação constitui uma “grosseira ficção”, na medida em que, nomeadamente, em virtude da ineficiência dos modos de notificação, será ignorada por grande partes dos interessados (*vide*, LEBRE DE FREITAS, José, *Introdução (...)*, *op. cit. loc. cit.*, pp. 106 e 107).

²⁴³ Esta observação tem sido reiterada por LEBRE DE FREITAS, *vide*, LEBRE DE FREITAS, José, *Introdução (...)*, *op. cit.*, p. 107; *idem*, *A acção popular do direito português*, *op. cit. loc. cit.*, p. 18.

²⁴⁴ CARVALHO FERNANDES, Luís A., *op. cit.*, p. 168.

processual daqueles que estão privados, por força da lei, de litigar pessoal e autonomamente os seus direitos.

Tanto basta para apreendermos a utilidade da representação processual. Pode dizer-se que este instituto tem por finalidade a proteção dos interesses das partes, evitando que aqueles que não têm capacidade de exercício de direitos se vejam privados da tutela jurisdicional dos seus direitos e interesses legítimos.²⁴⁵

No que concerne à representação voluntária, pese embora não seja imprescindível para possibilitar a atividade processual, é de todo o modo suscetível de a fomentar. Mediante este instituto podem ser defendidos em tribunal direitos que, em virtude de dificuldades de ordem prática, pelas despesas inerentes ao processo ou por défice de conhecimento ou experiência não seriam levados a juízo pelos respetivos titulares.

Não cremos, atenta a natureza das coisas, que faça sentido falar de representação processual para qualificar a legitimidade das entidades qualificadas para a defesa dos interesses individuais homogêneos.

As entidades qualificadas agem no interesse dos consumidores e para a tutela dos interesses destes, aqui se descortinando um ponto de contacto com a figura da representação processual.

Não obstante, aquelas entidades são, em conformidade com a normativa europeia, as partes nas ações representativas. Por conseguinte, resulta excluída a convocação da representação processual como instituto conformativo da legitimidade extraordinária que reconhecemos às entidades qualificadas, porquanto, na ótica desta figura a entidades qualificadas atuariam em nome dos consumidores lesados, os quais, por ser assim, assumiriam a posição processual de partes na causa.

Ademais, pese embora a legitimidade das entidades qualificadas encontre o seu fundamento na lei, nem por isso é reto afirmar que estamos perante a modalidade de representação legal. Os consumidores não padecem, à partida, de qualquer situação que os prive de exercer, por si, de forma pessoal e autónoma, o *ius postulandi*, o que justificaria a representação processual legal.

A legitimidade das entidades qualificadas decorre da vontade do legislador, ou seja, é a própria lei que concede às entidades qualificadas o poder de exercer a ação representativa em nome e no interesse dos consumidores. Porém, ao elegê-las como entes

²⁴⁵ NEVES RIBEIRO, António da Costa, *O Estado nos Tribunais*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 1994, p. 334.

legitimados para a tutela dos interesses individuais homogêneos dos consumidores, o legislador valorou a sua aptidão para atuar, de forma eficiente e eficaz, em tribunal para a defesa dos interesses dos consumidores.

Tão pouco podemos considerar que estamos perante uma hipótese de representação processual voluntária, pois as entidades qualificadas atuam, nestes casos, em defesa dos interesses da massa dos consumidores lesados dispensando qualquer mandato por aqueles concedido, podendo, como tal, levar a causa a juízo *sponte sua*.

Em outros termos, as entidades qualificadas não carecem da atribuição de um mandato com representação dos consumidores lesados – o que as qualificaria como representantes processuais –, possuindo um poder autónomo para a promoção de ações representativas ressarcitórias.

Se a condução do processo pelas entidades representativas estivesse dependente do mandato dos consumidores lesados, as ações representativas perderiam a eficácia e efetividade que visam lograr.²⁴⁶

No mais, se a corrente da representação processual fosse prosseguida, fazendo-se depender o poder para iniciar uma ação representativa de uma adesão prévia ao procedimento dos consumidores prejudicados e baseada num mandato por aqueles conferido às entidades qualificadas, suscitar-se-iam diversas questões complexas:

- i. Os poderes representativos devem ser outorgados por qualquer um dos consumidores lesados ou deverá reunir-se um quórum mínimo de manifestações de vontade para a propositura da ação representativa pelas entidades qualificadas?
- ii. A outorga dos poderes representativos pelos consumidores a favor das entidades qualificadas deve ser expressa ou poderá ser tácita?
- iii. Os consumidores podem revogar livremente, na pendência da causa, o mandato conferido às entidades qualificadas?
- iv. As entidades qualificadas podem renunciar livremente, na pendência da causa, ao mandato conferido pelos consumidores?

²⁴⁶ Tal como demonstrou a experiência italiana que, até à entrada em vigor da Lei n.º 31, 12 de Abril de 2019, fazia depender a legitimidade para agir das associação de um mandato dos sujeitos individuais lesados, pelo que, aquelas apenas poderiam propor a ação na qualidade de representantes processuais (*vide*, DIANA, Antonio Gerardo, *Class (...)*, *op. cit.*, pp. 42 a 54; GUERNELLI, Michele, *La nuova azione di classe: profili processual, in RTDPC*, Anno LXIV, n.º 3, p. 918; PUNZI, Carmine, *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti, in RDP*, Anno LXV, n.º 2, p. 267; TARUFFO, Michele, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali, in RTDPC*, Anno LXV, n.º 1, 2011, p. 111.

- v. Os poderes representativos outorgados às entidades qualificadas abrangem a faculdade de praticar atos de disposição sobre o objeto do processo, nomeadamente, o poder para alcançar um acordo de reparação?
- vi. As entidades qualificadas estão vinculadas a deveres de informação e comunicação aos consumidores sobre os atos processuais praticados na lide?

Do que resulta exposto, quer a substituição processual quer a representação se revelam candidatos negativos para fundamentar, do ponto de vista técnico, a legitimidade para agir das entidades qualificadas para a tutela dos interesses dos consumidores nos termos em que é delimitada na «Proposta de Diretiva».

Não obstante, não cremos ser de afastar a classificação de tal legitimidade como uma hipótese de legitimidade indireta ou extraordinária.

Ainda que possa ser questionável o enquadramento dogmático da legitimidade para agir das entidades qualificadas à luz das estruturas clássicas do processo civil individual, isto é, ainda que se possa questionar a adequação do instituto da legitimidade indireta ou extraordinária para justificar a natureza jurídica da legitimidade para agir das entidades qualificadas para a propositura de ações representativas reparatórias por tal instituto estar arreigado à conceção individualista do processo, não cremos que tal entendimento deva proceder.²⁴⁷

Relembre-se que as ações representativas reparatórias têm como objeto a defesa de interesses individuais homogêneos dos consumidores os quais se apresentam, quanto à sua natureza, como verdadeiros direitos subjetivos individuais.

A possibilidade de tutela coletiva destes interesses funda-se em critérios meramente instrumentais ou de conveniência processual, nomeadamente, a efetividade e a economia processual, não se justificando por quaisquer exigências de direito material como sucede com o direitos de natureza coletiva. Daí que, a doutrina mais recente – e que, de resto, secundamos – venha denegar a qualificação da tutela dos interesses individuais homogêneos como uma situação de tutela coletiva em sentido próprio – a qual tem como objeto os direitos de natureza coletiva, isto é, os interesses difusos e coletivos

²⁴⁷ Defendendo que o termo “legitimação extraordinária” assume uma conotação distinta no processo coletivo, não podendo ser empregue com o mesmo sentido com que se apresenta no domínio individual, *vide*, ARENHART, Sérgio Cruz, *op. cit.*, pág. 231.

–, preferindo, com maior rigor terminológico, recorrer a termos como “coletivização de ações”.²⁴⁸

Assim, por se tratar de direitos subjetivos individuais, com a exata conotação que assumem na teoria geral do direito, não cremos que se vislumbre necessária a negação ou o ajuste da situação legitimante empregue no processo civil clássico individual – a titularidade do direito material controvertido. Como tal, a legitimidade das entidades qualificadas para a proteção dos direitos individuais homogêneos dever-se-á conformar tecnicamente como uma situação de legitimidade indireta ou extraordinária.

Como já se haverá dito - e ora reiteramos - a legitimidade para agir das entidades qualificadas independe da titularidade do objeto da ação, porquanto, não são titulares da relação jurídica de direito material litigiosa, a qual pertence à pluralidade de consumidores lesados por um determinado facto danoso perpetrado por um profissional.

Deverá, conquanto, tratar-se de uma espécie específica de legitimidade indireta que, embora apresente aspetos de proximidade com a substituição processual ou com a representação processual não se confunde com estas.

Com enquadramento na categoria da legitimidade indireta ou extraordinária a doutrina mais recente, em que se destacam OLIVA SANTOS, SANDE MAYO e CATALÁN CHAMORRO, autonomizou uma nova figura a que deu a designação de “legitimidade representativa”.²⁴⁹

Na legitimidade representativa são cabíveis as situações em que o ente legitimado age no processo em nome próprio, assumindo-se como parte processual, no interesse e para a tutela de direitos alheios.²⁵⁰

Nesta espécie de legitimidade indireta o poder para a condução do processo tem a sua fonte na lei, ou seja, é a própria lei que concede ao terceiro face à relação de direito

²⁴⁸ Neste sentido, nomeadamente, LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, pp. 72 e 73.

²⁴⁹ O conceito de legitimidade representativa foi proposto por OLIVA SANTOS, Andrés de la; DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio e VEGAS TORRES, Jaime na obra *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson Civitas, 2001, *vide*, p. 97. Segundo os A. as entidades legitimadas não são, em sentido técnico, representantes – nem materiais, nem processuais – dos consumidores. A lei permite o exercício, em nome próprio, de direitos e interesses alheios em razão de uma certa representação social – daí a designação – sempre que tal representação haja sido dada de forma expressa ou tácita. Veja-se, ainda, como precursoras desta tese, SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, pp. 90 e 91; CATALÁN CHAMORRO, María José, *op. cit.*, pp. 102 e 103.

De facto, a designação adotada não nos parece a mais feliz. O termo “legitimidade representativa” poder dar aso à tendência de identificar tal fenómeno da representação processual. O que, como fizemos evidenciar no corpo do nosso texto, conquanto reúnam elementos que os assemelham, não podem confundir-se, apresentando-se como realidades autónomas e distintas.

²⁵⁰ SANDES MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, p. 90; CATALÁN CHAMORRO, María José, *op. cit.*, pp. 102 e 103.

material o poder de exercer a ação em nome próprio, mas no interesse e para a defesa dos direitos de outrem, dispensando-se a exigência do consentimento ou mandato concedido pelos titulares dos direitos controvertidos.²⁵¹

Na mesma linha, procurando afastar a tese da representação e da substituição processual, conquanto se desviando do conceito de legitimidade indireta ou extraordinária, LEBRE DE FREITAS defende que as associações atuam ao abrigo de uma “legitimidade originária específica” delimitando-a como a legitimidade “baseada numa norma jurídica específica que a atribui independentemente da radicação dum direito subjectivo material (que não têm) ou dum interesse material, ainda que dependente dum interesse principal alheio (que tão-pouco têm)”.²⁵²

Para o citado Autor, a consequência processual da atuação das associações conformada por uma “legitimidade originária específica” consiste no facto de a decisão que haja sido proferida na ação coletiva ao constituir, em regra, caso julgado inter partes, alargar a sua eficácia aos titulares dos interesses em jogo tão só na medida em que lhes seja favorável e já não na medida em que lhes seja desfavorável. É o que se designa de caso julgado *secundum eventum litis*.²⁵³

A ascensão de uma nova figura conformadora da legitimidade para agir, distinta da substituição processual e da representação processual, não é simples fruto da mera criatividade doutrinária, antes se dirigindo a dar cobro à iminente necessidade de reconhecer as situações em que determinados sujeitos peticionam, na qualidade partes no processo, direitos alheios e movem a sua atuação processual com base no interesse dos titulares dos direitos controvertidos.²⁵⁴

Secundando esta linha de pensamento, cremos que as entidades qualificadas que exercem a ação coletiva em defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores agem em nome próprio, assumindo a posição de parte no processo, e no interesse ou por conta dos consumidores lesados pelo facto ilícito e danoso.²⁵⁵

²⁵¹ SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, pp. 90 e 91, nota de rodapé n.º 42.

²⁵² *Cfr.*, LEBRE DE FREITAS, José, *A acção popular do direito português*, *op. cit.*, p. 19.

²⁵³ *Cfr.*, LEBRE DE FREITAS, José, *Introdução (...)*, *op. cit.*, pp. 107

²⁵⁴ OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, p. 97. Os Autores afirmam que “este concepto no se propone por capricho inovador, sino porque es necesario reconocer la existencia de partes procesales que pretenden tutelas jurisdiccionales basadas em derechos ajenos, pero que a diferencia de los legitimados por substitución, no actúan en interés propio sino de los titulares de los derechos esgrimidos”.

²⁵⁵ SANDE MAYO, María de Jesús, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, p. 115; MARTÍN PASTOR, José, *La tutela de los intereses colectivos de los consumidores en España y en la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación*, in

No mais, a legitimidade das entidades qualificadas é outorgada *ex lege*, tratando-se de uma opção legislativa, por certo, fundada na aptidão de tais entidades para conduzir, eficiente e eficazmente, o processo para a defesa dos interesses dos consumidores.

Não se alude, em dispositivo algum da «Proposta de Diretiva», à necessidade de um mandato com representação favor das entidades qualificadas por cada um dos consumidores lesados como condição para que estas promovam a ação representativa ressarcitória contra o profissional, cerceando-se a propositura da ação representativa à autonomia da vontade dos titulares dos direitos litigiosos.

A «Proposta de Diretiva» confere, assim, às entidades representativas uma legitimidade para agir autónoma para a promoção das ações representativas ressarcitórias para a proteção dos interesses dos consumidores.²⁵⁶

Em suma, à luz da «Proposta de Diretiva», as entidades qualificadas detêm, de forma autónoma, a faculdade de exercer uma ação representativa para a proteção de uma pluralidade de pretensões ressarcitórias tratadas coletivamente numa única ação. Tais entidades assumem a qualidade de parte no processo em ordem a defender os interesses dos consumidores lesados os quais, enquanto titulares dos direitos controvertidos, assumem somente o papel de parte em sentido material.

2. A composição do grupo consumidores «representados»

2.1. Sistema de *opt-in* ou de *opt-out*

Analisada a delimitação subjetiva da *litis* nas ações representativas que, como vimos, deverá assentar num esquema «representativo» no qual uma organização ou um organismo público independente, detentores de determinadas características que se creem garantísticas de uma adequada representação dos interesses dos consumidores prejudicados, são parte processual ativa na causa em defesa de determinados direitos reconhecidos pelo Direito da União aos consumidores, importa determinar a quem se

Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil, ORTELLS RAMOS, Manuel, *et. al. (coord.)* Thomson Reuters: ARANZADI, 2019, p. 70.

²⁵⁶ Não obstante a epígrafe do artigo 14.º da LAP (regime especial de representação processual), cremos que também esta seja a solução que melhor se coaduna com o regime da ação popular portuguesa, dado que, aquele preceito expressa que “(...) *o autor representa por iniciativa própria, sem mandato ou autorização expressa*, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão”. (Itálico nosso)

estendem os efeitos do caso julgado decorrente da decisão judicial ou do acordo que põem termo à causa.

As ações representativas ressarcitórias visam tutelar os interesses individuais homogêneos dos consumidores lesados por uma determinada conduta pluriofensiva mediante um processo que obedece ao esquema *one to one*, no qual figuram como partes somente a entidade qualificada legitimada para o efeito e o profissional lesante.

No entanto, os beneficiários do resultado do processo serão os consumidores titulares dos direitos controvertidos, os quais não são parte em sentido formal, assumindo a qualidade de parte face à relação jurídica material e a posição de terceiros em relação ao litígio.

Todavia, tal não significa que todos os consumidores lesados devam estar vinculados aos efeitos do caso julgado. A extensão dos efeitos do caso julgado aos consumidores lesados está dependente do modo como se encontra edificado o sistema de processo coletivo, o mesmo é dizer, se a configuração do sistema de processo coletivo assenta, segundo o critério do âmbito subjetivo do caso julgado ou do modo de vinculação à ação representativa, num modelo de *opt-in* ou de *opt-out*.

A reflexão sobre o modo como se concretiza a extensão da eficácia do caso julgado a terceiros – se sobre um modelo de *opt-in* ou de *opt-out* – apenas releva em relação às ações ressarcitórias para a defesa de interesses individuais homogêneos dos consumidores, resultando supérflua a sua discussão nos processos coletivos inibitórios direcionados à tutela dos interesses de natureza supra individual.²⁵⁷

Ao contrário do que sucede nos processos coletivos para a defesa de interesses individuais homogêneos, nos processos coletivos inibitórios os titulares dos direitos protegidos não são sujeitos determinados ou facilmente determináveis, mas a comunidade no seu todo, e o bem jurídico tutelado é indivisível, sendo fruído de forma concorrente e não exclusiva pela pluralidade de sujeitos que o titulam e, por conseguinte, a lesão de tal bem atinge necessariamente todos os titulares do interesse em causa.

²⁵⁷ No mesmo sentido, vide, SANDE MAYO, María Jesús, *La configuración de los procesos colectivos sobre um modelo mixto de opt-in e opt-out*, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, et. al. (coord.), Marcial Pons, 2018, p. 122, nota de rodapé n.º 4; GUIXÉ NOGUÉS, Elena, *Acciones colectivas en defensa de los derechos e intereses de consumidores e usuarios: problemas de competencia*, in *Acciones Colectivas (cuestiones actuales e perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, et. al. (coord.), Marcial Pons, 2018, p. 177.

Por ser assim, o juízo de apreciação da autoridade judicial acerca da violação dos direitos e o subsequente juízo de condenação do réu à cessação da conduta ilícita afetará invariavelmente a comunidade no seu todo.

Nos sistemas de processo coletivo construídos sobre o modelo do *opt-in* ou de auto inclusão, o ente legitimado para a propositura da ação age apenas para a defesa dos direitos dos consumidores alegadamente lesados que hajam prestado o seu consentimento expresso em aderir à ação coletiva já iniciada e, com efeito, em ficar vinculados aos efeitos da decisão judicial ou ao acordo que põem termo à ação.²⁵⁸

Neste ponto importa esclarecer que a adesão à ação coletiva não significa a participação dos aderentes na causa. A adesão dos consumidores lesados à ação coletiva, no sentido de beneficiarem do conteúdo da sentença que dele resultará, não se confunde com a sua participação no processo. Ao aderir à ação representativa os consumidores lesados conservam a sua qualidade de terceiros na relação jurídica processual, não gozam de poderes processuais, nem poderão recorrer da decisão sobre o mérito da causa.²⁵⁹

De todo o modo, a sentença produzirá os seus efeitos apenas em relação aos consumidores lesados que explicitamente manifestaram a sua vontade em aderir à ação representativa.²⁶⁰

²⁵⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Damages Claims and Collective Redress: The European Approach vs. US Class Actions*, in *Derecho, Justicia y Universidad*, Liber Amicorum de Andrés de Oliva Santos, Díez-PICASO GIMÉNEZ, Ignacio, et. al. (coord.), Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017, p. 448, nota de rodapé n.º 48; LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Acciones colectivas (...)*, op. cit., pp. 63 e 64; COROMINAS BACH, Sergi, *La financiación de las acciones colectivas en la Unión Europea: Un análisis crítico a partir de la experiencia comparada*, in *Acciones Colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, et. al. (coord.), Marcial Pons, 2018, p. 310; WARDHAUGH, Bruce, *Bogeymen, lunatics and fanatics: collective redress actions and the private enforcement of European Competition Law*, in *LS*, Vol. 34, Issue 1, 2014, p. 5.

²⁵⁹ Como tal, consideramos ser de afastar a qualificação do sistema de *opt-in* como uma sistema de “participação voluntária” como, não raro, é designado pela doutrina especializada (assim, SANDE MAYO, María Jesús, *La configuración (...)*, op. cit., pág. 123; GUIXÉ NOGUÉS, Elena, op. cit., p. 177; MONTESINOS GARCIA, Ana, *Últimas tendencias em la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas de ADR*, in *REDUR*, n.º 12, 2015, p. 95.

Tal designação é, a nosso ver, pouco rigorosa e suscetível de dar azo a confusões. A possibilidade de participação dos consumidores lesados no processo, ao abrigo da figura da intervenção de terceiros, é um fenómeno processual distinto da adesão ao processo coletivo para efeito dos consumidores lesados beneficiarem da condução do processo pela entidade legitimada e de ficarem vinculados aos efeitos do caso julgado.

A propósito diga-se que a (in)admissibilidade da intervenção de terceiros em processos coletivos é uma questão controvertida na doutrina. A reflexão sobre esta temática extravasa o âmbito do presente estudo, porém – e sem delongas – refira-se somente que, em nossa opinião, a admissibilidade da intervenção processual dos consumidores lesados constitui um elemento entorpecedor do procedimento coletivo, tornando-o complexo e moroso, o que, aliás, choca com a *ratio essendi* da tutela coletiva, em ordem da qual se procura configurar um processo mais simples, flexível e célere para a resolução de controvérsias que atingem um número alargado de sujeitos. Como tal, cremos que deverá propugnar-se pela proibição da intervenção de terceiros nos litígios coletivos como, ademais, está expressamente consagrado no sistema italiano de *azione di classe* (Cfr., artigo 840-bis, 5 do CPC It.).

²⁶⁰ O sistema de *opt-in* encontra consagração, nomeadamente, no ordenamento jurídico italiano.

A adesão à ação tem como efeito a renúncia de cada um dos consumidores aderentes à possibilidade de propositura de uma ação individual para a defesa dos seus direitos fundada na mesma causa de pedir. Por seu turno, a *contrario sensu*, todos os lesados que não hajam manifestado expressamente a sua adesão ao processo coletivo não ficam vinculados ao resultado da ação e têm a possibilidade de iniciar uma ação individual para a tutela dos respetivos direitos individuais e a obtenção de uma compensação pelos danos sofridos.²⁶¹

Este princípio apenas deverá ser excecionado nas situações em que o processo termine sem uma decisão sobre o mérito ou em caso de transação sempre que o acordo alcançado entre o ente legitimado e o profissional lesante não seja aceite pelos consumidores aderentes. Em tais casos, os consumidores lesados que hajam aderido à ação coletiva não ficam vinculados ao resultado do processo e podem solicitar ao tribunal a tutela dos respetivos direitos por via de uma ação individual.²⁶²

A nova ação de classe italiana, seguindo a mesma linha do regime precedente, adota o mecanismo do *opt-in*.

O novo regime da ação de classe distingue-se do regime anterior, somente no que concerne ao momento da adesão dos sujeitos lesados. Atualmente, a adesão é admitida não apenas após a decisão de admissibilidade da ação de classe (*cf.*, artigo 840-*quinquies*, 1.º parágrafo do CPC It.), mas também após a sentença de acolhimento da ação de classe (*cf.*, artigo 840-*sexies*, 1.º parágrafo, letra e) do CPC It.).

A lei italiana oferece aos sujeitos lesados dois momentos para a adesão à ação de classe: um primeiro momento, na decisão de admissibilidade da ação de classe, na qual o tribunal fixa um prazo perentório para a adesão à ação, o qual não deverá ser inferior a 60 dias nem superior a 150 dias; e, um segundo momento, com a sentença de acolhimento da ação de classe, o tribunal declara aberto o procedimento de adesão, estabelecendo um novo prazo perentório para a adesão, o qual não deverá inferior a 60 dias e não superior a 150 dias.

Sobre o sistema de *opt-in* na Itália, *vide* por todos, DANILO DE SANTIS, Angelo, *L'adesione, in Il Foro It., Anno CXLIV, n.º 9, 2019*, pp. 356 a 363; FRATINI, Riccardo, *L'adesione, in Class Action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31, Quaderni di Judicium, n.º 6*, SASSANI, Bruno, *et. al.*, (coord.), Pacini Giuridica, 2019, em particular, pp. 132 a 139; BRAZZINI, Sara e MUIÀ, Pier Paolo, *op. cit.*, pp. 114 a 123.

²⁶¹ SANDE MAYO, María Jesús, *La configuración (...), op. cit.*, p. 123; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Damages Claims and Collective Redress (...), op. cit.*, p. 448, nota de rodapé n.º 48; CAPONI, Remo, *Collective Redress in Europe: Current Developments of "class action" suits in Italy, in ZZI, Vol. 16, 2011*, p. 12.

²⁶² Merece um especial registo, sobretudo, numa época em que se discute a justiça na era digital, o novo regime da *azione di classe* italiana no que toca à modalidade de apresentação do ato de adesão.

O pedido de adesão é apresentado através de meios telemáticos no âmbito do portal dos serviços telemáticos geridos pelo Ministério da Justiça. O pedido de adesão deve ser enviado por correio eletrónico certificado ou por serviço de envio registado eletrónico (art. 840-*septies* §1 do CPC It.). A propósito, refira-se o Regulamento (UE) n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Julho de 2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno, onde se regula o serviço de envio registado eletrónico.

Como se vê a solução da lei italiana é muito inovadora, constituindo uma forma de comunicação mais célere, acessível e económica, contrastando com a solução consagrada na LAP que, no seu artigo 15.º, n.º 2, fixa que “a citação será feita por anúncio ou anúncios tornados públicos através de qualquer meio de comunicação social ou editalmente”.

Ademais, refira-se que a lei italiana ao determinar os elementos obrigatórios que devem constar do ato de adesão exige, sob pena de inadmissibilidade, a atribuição ao representante comum dos aderentes do poder de representar o aderente e de agir no seu interesse em todos os atos, de natureza substantiva ou

Por que os consumidores prejudicados apenas ficarão vinculados aos efeitos da sentença na medida em que prestem expressamente o seu consentimento em aderir à ação representativa, aponta-se como um dos efeitos positivos do sistema de *opt-in* o maior respeito pela liberdade e autonomia da vontade dos consumidores.²⁶³

Sob um modelo de *opt-in* os consumidores têm a liberdade de escolher se querem ou não aderir à ação coletiva e, conseqüentemente, se querem ficar vinculados aos efeitos da *res iudicata* ou se preferem reservar o seu direito à tutela jurisdicional dos seus interesses por via individual.

Pela mesma razão, argumenta-se em abono do sistema de *opt-in* que este torna os litígios coletivos mais semelhantes aos litígios tradicionais, o que pode facilitar a sua aceitação e implementação nas várias jurisdições.²⁶⁴

Ademais, ao exigir a identificação de cada um dos lesados, assim como, a discriminação dos danos individuais alegadamente sofridos, este modelo facilita a atividade do tribunal de determinação do montante indemnizatório a perceber por cada um dos consumidores lesados, do mesmo modo que proporciona ao demandado o conhecimento sobre o número de consumidores lesados que aderiram à ação e, com efeito, permite-lhe estimar o montante indemnizatório a que eventualmente será condenado.²⁶⁵

Em contrapartida, a necessidade de identificação expressa de cada um dos consumidores alegadamente lesados para adesão à ação é, por si, um elemento de complexificação e encarecimento do procedimento coletivo.

processual, relativamente ao direito individual homogêneo indicado no pedido de adesão (art. 840-*septies* §1 do CPC It.).

Veja-se, por todos, FRATINI, Riccardo, *L'adesione (...)*, *op. cit.*, p. 139 a 143; CONSOLO, Claudio, *Codice (...)*, *op. cit.*, pp. 29 a 32; DIANA, Antonio Gerardo, *op. cit.*, pp. 346 a 355.

²⁶³ GAC, Maciej, *Collective Redress v. Class Actions – Convergence or divergence between the European and American Solutions on Group Litigation?*, in *The Interaction of national legal systems: convergence or divergence?*, Vilnius University Conference Papers 2013, 2013, p. 117; MULLENIX, Linda S., *Competing Values: Preserving Litigant Autonomy in Age of Collective Redress*, in *DePaul L. Rev.*, Vol. 64, Issue 2, 2014, p. 632; RUIZ-PEINADO, Francisco Romero de Ávila, *Spanish Antitrust Private Enforcement: Enhancing consumer collective Redress*, in *Working Paper IE Law School*, AJ8-229-I, 2016, p. 22; VOET, Stefaan, *Belgian's New (...)*, *op. cit.*, p. 6; MONTESINOS GARCIA, Ana, *Últimas tendencias em la Unión Europea (...)*, *op. cit.*, p. 96; SANDE MAYO, María Jesús, *La configuración (...)*, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 123

²⁶⁴ DELATRE, Jocelyn G., *Beyond the White Paper: Rethinking the Commission's Proposal on Private Antitrust Litigation*, in *CLR*, Vol. 18, Issue 1, 2011, p. 34.

²⁶⁵ SANDE MAYO, María Jesús, *La configuración (...)*, *op. cit.*, p. 123; SILVESTRE, Elisabetta, *Towards a common Framework of collective redress in Europe? An update on the latest initiatives of the European Commission*, in *Rus. L. J.*, Vol. 1, Issue 1, 2013, p. 53.

A identificação de cada um dos consumidores é, em atenção ao elevado número de lesados nos litígios de massa, uma tarefa de grande dificuldade podendo mesmo tornar-se impraticável, inviabilizando a eficácia da ação coletiva.

Um sistema de adesão voluntária acarreta para os entes legitimados custos elevados para proceder à notificação e identificação de cada um dos consumidores potencialmente lesados, tanto mais quando se observa que a maioria dos litígios de massa têm um caráter transfronteiriço.

Por outro lado, poder-se-ia arguir que a necessidade especificação dos danos individualmente sofridos por cada um dos lesados aumenta a probabilidade de o réu contestar cada um desses danos.

No entanto, cremos que tal argumento não é relevante pois, recorde-se que a ação coletiva ressarcitória visa a proteção de interesses individuais homogêneos e, como tal, estão em causa situações litigiosas que têm uma origem ou causa comum. Com efeito, ainda que seja possível que os consumidores tenham sofrido danos diferenciados, essas diferenças tendem a ser muito diminutas, não se justificando que o réu pretenda invocar defesas específicas em relação a cada um dos danos individualmente causados.

O modelo de *opt-in* é amplamente criticado pelo seu alcance limitado. Os dados estatísticos têm evidenciado uma tendência para a inércia ou inatividade dos consumidores, os quais se inibem de manifestar explicitamente a sua vontade em vincular-se à ação coletiva.²⁶⁶

Este fenómeno de apatia racional aparece contrariado apenas nas situações em que os danos individualmente sofridos assumem um valor económico expressivo, nas quais se verifica uma maior probabilidade para a iniciativa dos consumidores no sentido de aderirem à ação coletiva.

Em contrapartida, nos casos em que os danos individuais são de pequeno montante, o índice de iniciativa de adesão é tendencialmente menor, o que poderá condicionar a eficácia da ação coletiva ressarcitória, pois o número de lesados a reclamar os danos será significativamente menor do que num sistema de *opt-out*.

Assim é porque os consumidores têm, ao abrigo deste sistema, de manifestar explicitamente a sua vontade de aderir à ação coletiva, o que implica dispêndio de tempo

²⁶⁶ SANDE MAYO, María Jesús, *La configuración (...)*, *op. cit.*, p. 123; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Damages Claims (...)*, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 448, nota de rodapé n.º 48; RAMOS, Maria Elisabete, *op. cit.*, pp. 101 e 102; RUIZ-PEINADO, Francisco Romero de Ávila, *op. cit.*, p. 22; HAMUL'ÁKOVÁ, Klára, *op. cit.*, p. 108.

e dinheiro. Como tal, em particular nos casos que envolvam múltiplas reivindicações de pequeno valor, a adesão à ação coletiva pode tornar-se pouco apeteçível, sendo pouco provável que todos ou a maioria dos lesados se disponham a prestar expressamente o seu consentimento em ordem a ficar vinculados à ação coletiva, o que se repercute na limitação do acesso à jurisdição para a obtenção de reparação pelos danos sofridos, assim como, compromete a eficácia da reparação coletiva e mina os objetivos de justiça corretiva.²⁶⁷

Além disso, a reclamação dos danos por um número pouco significativo de consumidores condiciona o efeito dissuasor do mecanismo de tutela coletiva e a efetivação da justiça corretiva.²⁶⁸

A abrangência de um menor número de lesados resulta num processo com uma menor dimensão e, por conseguinte, que atinge montantes significativamente inferiores aos que poderiam alcançar-se num processo em que é maior o número de consumidores a reclamar os danos individualmente sofridos.

Como consequência, o profissional lesante é condenado a ressarcir um menor espectro de danos o que, em termos quantitativos, pode significar uma soma diminuta em relação aos ganhos que obteve através da prática da conduta ilícita e danosa o que, de um ponto de vista racional, pode tornar vantajosa a adoção ou a reiteração da prática de condutas violadoras dos direitos dos consumidores.

O mesmo é dizer, ao expectar que a probabilidade de reclamação de um amplo número de danos é pequena e que, por isso, a indemnização a que potencialmente será condenado não ascenderá a um valor muito expressivo quando comparado com os ganhos que o ilícito lhe proporcionou, o profissional lesante poderá preferir correr o risco de ser condenado a ressarcir os danos causados aos consumidores que hajam aderido à ação.

Por ser assim, não surpreende a afirmação de que o sistema de *opt-in* limita a prevenção da prática de factos lesivos dos direitos dos consumidores condicionando o desejável efeito de dissuasão das ações coletivas, além de permitir ao profissional lesante

²⁶⁷ JUSKA, Zygimantas, *Obstacles in European Competition Law Enforcement: A potential solution from Collective Redress*, in *EJLS*, Vol. 7, Issue 1, 2014, pp. 143 e 144; MULLENIX, Linda S., *Competing Values (...)*, *op. cit.*, p. 634; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Damages Claims (...)*, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 448, nota de rodapé n.º 48; LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, p. 64; COROMINAS BACH, Sergi, *Procesos colectivos (...)*, *op. cit.*, p. 174.

²⁶⁸ DELATRE, Jocelyn G., *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 34; SCARCHILLO, Gianluca, *Class Action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, G. Giappichelli Editore, 2019, p. 136.

a retenção de parte significativa dos ganhos ilicitamente obtidos denegando o ideal da justiça corretiva.

Ademais, o sistema de *opt-in* parece resultar menos eficaz do ponto de vista da economia processual, porquanto, através dele não se evita a propositura de ações individuais. Ao fazer-se depender a adscrição ao procedimento coletivo da iniciativa voluntária dos lesados o que, na maioria das situações não se verifica, há uma maior dificuldade em impedir a tutela dos direitos por via individual.²⁶⁹

Não obstante, não pode deixar de se cogitar que, em caso de reivindicações individuais de pequeno montante, seria muito improvável que os consumidores lesados exercessem uma ação individual. Se informados da pendência de uma ação coletiva através da qual podiam obter uma compensação pelos danos sofridos, beneficiando da atuação da entidade legitimada, devendo para tanto prestar apenas o seu consentimento para aderir a tal ação e nada fizeram, esses consumidores dificilmente valer-se-ão do recurso a uma ação individual suportando os custos inerentes.

Por seu turno, no sistema de *opt-out* ou de autoexclusão a entidade legitimada atua no processo em defesa dos interesses de todos os consumidores lesados pela conduta danosa que não hajam manifestado expressamente a sua vontade em desvincular-se da ação representativa.²⁷⁰

Uma vez iniciada uma ação representativa e após a devida comunicação aos potenciais consumidores lesados, estes terão de rejeitar expressamente no momento processual previsto para o efeito a sua eventual união à ação, a fim de não ficarem vinculados aos efeitos do caso julgado que dela resultará.

Assim sendo, se os consumidores lesados não manifestarem a sua vontade de se excluir da ação representativa, presume-se que integram o grupo de consumidores lesados «representados» pela entidade legitimada que há proposto a ação e que conduz o processo em nome e no interesse dos consumidores, ficando estes adstritos ao resultado do processo coletivo e perdendo o direito de recorrer aos mecanismos de tutela individual para a defesa dos respetivos direitos.

²⁶⁹ SANDE MAYO, María Jesús, *La configuración (...), op. cit.*, p. 123, nota de rodapé n.º 6; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva, in InDret*, n.º 4, 2015, p. 15.

²⁷⁰ *Ibidem*, pp. 123 e 124; GAC, Maciej, *op. cit.*, p. 117; COROMINAS BACH, Sergi, *La financiación de las acciones colectivas (...), op. cit.*, p. 310; WARDHAUGH, Bruce, *op. cit.*, pá 5; HAMUL'ÁKOVÁ, Klára, *op. cit.*, p. 96.

O sistema de *opt-out* beneficia de uma longa tradição no ordenamento jurídico norte-americano, argumentando-se que tal sistema é de difícil acomodação à tradição jurídica europeia.²⁷¹

Não obstante, ainda que por inspiração das *class actions* anglo-saxónicas, verifica-se que o sistema de *opt-out* encontra consagração em vários ordenamentos jurídicos de *civil law* europeus, o que demonstra que a solução anglo-saxónica pode ser adaptada à tradição jurídica europeia e que tem sido a opção preferida por diversos países europeus para configurar os respetivos mecanismos de tutela coletiva.²⁷²

Este sistema de vinculação à ação coletiva e, com efeito, à eficácia do caso julgado tem, em relação ao sistema de *opt-in*, a bondade de reunir na causa um maior número de lesados e com isso de garantir um maior efeito de dissuasão das práticas ilícitas e danosas de massa.²⁷³

Do mesmo modo que nos sistemas assentes na adesão voluntária ou de *opt-in* se observa um baixo índice de vinculação ao processo coletivo, a tendencial inércia dos consumidores lesados reflete-se nos sistemas de *opt-out* no reduzido número de lesados a desvincular-se da causa.²⁷⁴

Na ótica do modelo de *opt-out* a tutela dos interesses individuais homogêneos dos consumidores depende de uma atitude passiva por parte deles e esta atitude passiva não só não afeta a eficácia da ação coletiva como a robustece. Em termos simples, dir-se-ia que de forma a receberem uma compensação pelos danos sofridos o que os consumidores devem fazer é tão só nada fazer, pois o modelo de *opt-out* não requer que os lesados manifestem a sua aquiescência para que recebam tal compensação.

O mesmo fenómeno comportamental conduz a um efeito diametralmente oposto em função da diferente configuração dos sistemas de vinculação ao processo coletivo, de

²⁷¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Damages Claims and Collective Redress (...)*, *op. cit.*, p. 448.

²⁷² O sistema de *opt-out* ou de exclusão vigora, desde 1995, no sistema jurídico português. A LAP expressa no seu artigo 19.º que “(...) os efeitos das sentenças transitadas em julgado proferidas no âmbito de processo que tenham por objeto a defesa de interesses individuais homogêneos abrangem os titulares dos direitos ou interesses que não tiverem exercido o direito de se autoexcluírem da representação (...)”.

Veja-se por todos, RAMOS, Maria Elisabete, *op. cit.*, pp. 102 e ss; ALMEIDA, António, *op. cit.*, pp. 376 a 378; TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Direito Português*, in EDC, n.º6, 2004, pp. 309 e 310.

²⁷³ SANDE MAYO, María Jesús, *La configuración (...)*, *op. cit.*, p. 124; GAC, Maciej, *op. cit.*, p. 117; JUSKA, Zygimantas, *op. cit., loc. cit.*, p. 144.

²⁷⁴ SANDE MAYO, María Jesús, *La configuración (...)*, *op. cit.*, p. 124; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Damages Claims and Collective Redress (...)*, *op. cit., loc. cit.*, p. 448, nota de rodapé n.º 48

forma que, a menor eficácia do processo coletivo quando assente num sistema de *opt-in*, em virtude do baixo índice de adesão à ação, convola-se nos sistemas jurídicos estruturados sobre o modelo de *opt-out* na maximização do acesso à justiça, porquanto, através deste sistema se alcança um maior número de lesados que nada têm de fazer para obter uma compensação pelos danos que sofreram.²⁷⁵

Note-se que, ao contrário do que sucede nas ações coletivas *opt-in* em que iniciativa dos consumidores no sentido de aderirem à ação coletiva tende a ser menos provável nos casos em que os danos assumem um valor pouco expressivo, porquanto os custos económicos e de tempo a que se soma a própria relutância face à envolvimento num processo judicial, tornam irracionais os esforços de adesão à ação e, com efeito, se reconhece a inadequação daquele sistema no caso de *small claims*, o sistema de *opt-out* revela-se mais eficaz nesta tipologia de situações.

Uma vez que nas ações coletivas *opt-out* são defendidos os interesses de todos os consumidores alegadamente lesados, à exceção daqueles que manifestem expressamente a vontade em excluir-se delas, nos casos de múltiplas reivindicações de pequeno valor, em que a alternativa é, em boa verdade, a ausência de recurso a qualquer ação, o sistema de *opt-out* surge como a opção mais eficaz, pois assegura o acesso à justiça a um amplo número de consumidores.

Nas ações coletivas *opt-out* a inércia dos consumidores tende a vencer-se somente nos casos em que os danos sofridos por cada um dos consumidores são significativos. Em tais casos, o recurso à ação individual pode ser economicamente mais vantajoso, justificando-se o exercício de exclusão da ação coletiva. Por outras palavras, tratando-se de *large claims* os consumidores alegadamente lesados podem, em função do elevado montante dos danos que sofreram, obter maiores benefícios mediante o exercício de uma ação individual.

Dado que as ações coletivas de *opt-out* permitem, à partida, a defesa dos interesses de um maior número de consumidores prejudicados, o lesante será condenado a ressarcir uma maior quantidade de danos o que resultará num montante indemnizatório elevado. Assim sendo, as ações coletivas ressarcitórias baseadas num sistema de

²⁷⁵ MULLENIX, Linda S., *Competing Values (...)*, *op. cit.*, pp. 634 e 635; JUSKA, Zygimantas, *op. cit.*, p. 144; COROMINAS BACH, Sergi, *Procesos colectivos (...)*, *op. cit.*, pp. 170 e 172; VOET, Stefaan, *Belgian's New (...)*, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 6; FRATINI, Riccardo, *L'adesione, in Class Action. (...)*, *op. cit.*, p. 122.

autoexclusão são suscetíveis de influenciar o comportamento dos agentes económicos, dissuadindo-os da prática de condutas violadoras dos direitos dos consumidores.²⁷⁶

Ademais, as ações coletivas *opt-out* ao tenderem a acolher um maior número de lesados geram um efeito positivo ao nível da economia processual e da eficiência do aparelho judicial, pois será menor a probabilidade de propositura de múltiplas ações individuais para efeitos de reivindicação dos danos.

Com isto beneficiam também os demandados, pois não ficam expostos a reivindicações individuais interminas. Os demandados beneficiam da inércia dos reivindicantes, pois o exercício do direito de *opt-out* por um escasso número de potenciais lesados significa, a *contrario sensu*, a vinculação à ação coletiva da maioria dos consumidores alegadamente prejudicados que, de outro modo, poderiam prosseguir ações individuais para a tutela dos seus direitos e a obtenção da compensação devida pelos danos alegadamente sofridos as quais os demandados teriam de também de enfrentar.²⁷⁷

Suplementarmente, não se descarta que o sistema de *opt-out* ao garantir a unicidade do juízo respeitante à consequência da conduta pluriofensiva perpetrada pelo réu, permitir-lhe-á concentrar os seus recursos financeiros e organizacionais para preparar a sua defesa num único processo.²⁷⁸

Reversamente, argumenta-se que o sistema de *opt-out* pode ser incompatível com o direito de defesa do réu e com o princípio da igualdade de armas consagrado no artigo 6.º da CEDH.²⁷⁹

Estando em juízo somente o ente legitimado para «representar» os interesses dos consumidores lesados, à partida, não previamente identificados, o réu fica impossibilitado de opor exceções e defesas relativamente a cada um dos consumidores.

No entanto, note-se que, a ação coletiva ressarcitória tem por objeto a tutela de interesses individuais homogêneos. Como tal, estão em causa controvérsias que têm uma origem comum e, com efeito, a respeito das quais a causa de pedir é símile em relação a todos os interessados na obtenção da compensação. Portanto, ainda que os consumidores tenham sofrido danos diferenciados, pelo menos, no que tange à determinação da

²⁷⁶ JUSKA, Zygimantas, *op. cit.*, p. 145.

²⁷⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Damages Claims and Collective Redress (...)*, *op. cit.*, p. 449; MULLENIX, Linda S, *Competing Values (...)*, *op. cit.*, p. 635; HAMUL'ÁKOVÁ, Klára, *op. cit.*, p. 109.

²⁷⁸ BERTOLINO, Giulia, *L'«opt-out» nell'azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, RTDPC, Ano LXX, n.º 2, 2016, p. 494.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 493.

responsabilidade do réu, dificilmente se justifica a invocação de exceções e defesas individualizadas.

Apesar das suas vantagens, ao mecanismo de *opt-out* apontam-se algumas debilidades.

Ao sistema de *opt-out* reconhece-se o seu potencial para favorecer abusos no procedimento coletivo.²⁸⁰

Ao alcançar um maior número de sujeitos o processo assume uma maior dimensão e pode atingir somas muito elevadas o que incentiva os réus a forçar a conclusão de transações entre as partes nos casos de ações desprovidas de fundamento legal ou não meritórias, dando lugar ao que se vem designando na gíria forense norte-americana de *blackmail*.²⁸¹

De mais a mais, note-se que nas ações coletivas de *opt-out* a entidade legitimada atua em nome e no interesse de uma pluralidade de consumidores não identificados, alguns dos quais podem até não ter tido um conhecimento efetivo da existência da ação, o que é suscetível de intensificar o risco de uma monitorização deficiente da condução da lide e, por conseguinte, o risco de prossecução dos interesses próprios da entidade legitimada em detrimento dos interesses dos consumidores lesados. Em substância, quer-se dizer que, o modelo de autoexclusão propicia o surgimento de problemas de agência.²⁸²

A solução para este conflito de interesses residiria na adoção de um sistema de monitorização do comportamento do ente legitimado ou do advogado por parte dos consumidores «representados».²⁸³

No entanto, esta solução revela-se inexequível pois, do mesmo modo que, em princípio, os valores das reivindicações individuais dos consumidores lesados não justificam a propositura de uma ação individual, crê-se que os consumidores também não possuem disponibilidade económica que justifique os elevados custos de monitorização da atuação do ente legitimado ou do advogado, por forma a garantir-se que a atuação destes está alinhada com os interesses dos consumidores.²⁸⁴

²⁸⁰ DELATRE, Jocelyn G., *op. cit., loc. cit.*, p. 34; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Damages Claims and Collective Redress (...)*, *op. cit., loc. cit.*, p. 448; HAMUL'ÁKOVÁ, Klára, *op. cit.*, p. 110.

²⁸¹ Sobre o *blackmail*, vide por todos, SILVER, C., *We're scared to death: class certification and blackmail*, in *NYUR*, Vol. 78, n.º 4, 2003, *passim*.

²⁸² RAMOS, Maria Elisabete, *op. cit.*, p. 100; DELATRE, Jocelyn G., *op. cit., loc. cit.*, p. 34; JUSKA, Zygimantas, *op. cit.*, p. 145.

²⁸³ DORIAT- DUBAN, Myriam, FERREY, Samuel e HARNAY, Sophie, *op. cit.*, p. 39.

²⁸⁴ BRUNET, Edward, *Class actions objectors: extortionist free riders or fairness guarantors*, in *UCLF*, Vol. 2003, Issue 1, 2003, p. 405; RUSSEL, Tiana Leia, *op. cit.*, p. 148.

Argumenta-se, ademais, que a ação coletiva de *opt-out* é inviável para garantir a indemnização dos consumidores lesados, porquanto, os mesmos não são previamente identificados, o que coloca dificuldades práticas no momento de distribuição da indemnização.²⁸⁵

Ao contrário do que sucede nas ações coletivas *opt-in* em que a sentença apenas vincula os sujeitos que especificamente optaram por aderir à ação, de tal forma que os beneficiários se encontram claramente identificados com o que se facilita a distribuição da compensação, nas ações coletivas construídas sobre o modelo de *opt-out* a ausência de identificação prévia dos lesados coloca obstáculos não só no momento de determinar o *quantum* indemnizatório como no momento da respetiva distribuição.

Esta crítica reforça a ideia de que as ações coletivas de *opt-out* são hábeis a propulsionar as ações frívolas ou abusivas. A ausência de identificação dos lesados pode conduzir à não atribuição da compensação, pelo que, os montantes que deveriam reverter para os lesados são concedidos ao advogado que representou os seus interesses no processo.

Porém, importa salientar que estas conclusões se extraem da experiência anglo-saxónica, que se pauta por uma cultura jurídica diferenciada daquela que caracteriza os sistemas jurídicos europeus, desde logo, refira-se o fomento da «cultura de litígios», a consagração de institutos jurídicos ou a institucionalização de práticas jurídicas consideravelmente distintas das que caracterizam o ambiente jurídico europeu, o que convoca a necessidade de uma apreciação igualmente diferenciada do impacto da aplicação do sistema de *opt-out*.²⁸⁶

A preocupação pelo facto de o modelo de *opt-out* parecer mais oportuno à ocorrência de abusos não sendo despicienda é, no entanto, desmesurada não só porque se baseia no estudo experiência norte-americana, mas porque serve de álibi para mascarar o verdadeiro propósito das ações coletivas ressarcitórias: a justiça corretiva e a garantia da reparação eficiente e eficaz dos danos sofridos pelos consumidores.

Relembre-se que o propósito das ações coletivas ressarcitórias é garantir que todos os lesados por uma violação aos direitos reconhecidos pela União Europeia aos

²⁸⁵ NÁGY, Csongor Itsván, *The Reception of Collective Actions in Europe: Reconstructing the Mental Process of a Legal Transplantation*, in *JDR*, Vol. 2020, Issue 2, 2020, pp. 421 e 422.

²⁸⁶ SANDE MAYO, María Jesús, *La configuración (...)*, *op. cit.*, p. 125; RAMOS, Maria Elisabete, *op. cit.*, p. 101.

consumidores têm acesso a um instrumento de reparação eficiente e eficaz por forma a obterem uma compensação pelos danos sofridos.

Portanto, a preocupação pela garantia da justiça corretiva e da reparação eficiente e eficaz dos danos sofridos pelos consumidores deve ser priorizada face à preocupação pela prevenção dos alegados abusos. É, pois, prioridade garantir que o maior número de consumidores lesados é compensado pelos prejuízos que sofreram e, neste sentido, importa reconhecer que o mecanismo de *opt-out* serve melhor tal intento.

Não obstante, é profusamente aceite na literatura jurídica que o sistema de *opt-out* põe em causa o princípio da autonomia da vontade das partes, falando-se a este propósito num «tabu da autonomia da vontade» ou, de outro prisma, que o sistema de *opt-out* é irreconciliável com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva tal como está plasmado no artigo 6.º da CEDH.²⁸⁷

O sistema de *opt-out* é suscetível de lesar a autonomia da vontade dos consumidores que, neste contexto, consiste no direito de querer ou não levar a sua causa a tribunal, isto é, na liberdade de exercer ou não o seu direito de ação e, caso o pretenda, o modo como o faz, se pretende agir e defender-se mediante um juízo individual ou se, ao invés, prefere tutelar o seu interesse através de uma ação coletiva.

Ao contrário do que sucede nas ações coletivas estruturadas sobre o sistema de *opt-in* em que a vinculação à ação coletiva está dependente do consentimento ativo dos consumidores, ao abrigo do modelo de *opt-out* os consumidores que não optem por excluir-se do processo ficam vinculados à ação coletiva sem que hajam prestado expressamente o seu consentimento em tal sentido, pois o sistema de *opt-out* requer tão só o consentimento passivo, o que conduz parte da doutrina a considerar que este sistema comprime o direito de ação dos consumidores.

A vinculação à ação coletiva implica, por seu turno, a imposição de uma decisão judicial ou de um acordo não consentidos expressamente pelos consumidores e sem que estes hajam tido a oportunidade de fazer valer a sua própria razão em juízo, razão pela qual se tem entendido que o sistema de *opt-out* sacrifica não só o direito de ação como também direito de defesa dos consumidores ou o princípio do contraditório.²⁸⁸

²⁸⁷ NÁGY, Csongor Itsván, *The Reception (...)*, *op. cit.*, pp. 414 e 418; LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, p. 65; JUSKA, Zygimantas, *op. cit.*, p. 145; RAMOS, Maria Elisabete, *op. cit.*, p. 101.

²⁸⁸ Por forma a conciliar o princípio do *opt-out* com o princípio da autonomia da vontade das partes e o direito à tutela jurisdicional efetiva a doutrina tem proposto uma solução assente no princípio dos benefícios únicos, à luz do qual quando a ação coletiva está estruturada sobre o sistema de *opt-out* os efeitos do caso julgado apenas deverão incrustar-se nas esferas jurídicas dos lesados na medida em que lhes sejam

Porém, contra este argumento argui-se que a «representação» obrigatória ou não expressamente consentida quando não complementada com o direito de *opt-out* pode ser considerada incompatível com o princípio da autonomia das partes e o direito à tutela jurisdicional efetiva. No entanto, já quando a «representação» não expressamente consentida é moderada com a possibilidade de exercício do direito de exclusão não é irreconciliável com os direitos fundamentais dos cidadãos, porquanto, os lesados que não pretendam tutelar coletivamente os seus direitos e interesses podem excluir-se do processo coletivo e, desde que, devida e individualmente notificados acerca da possibilidade de exercer tal faculdade.²⁸⁹

Em outros termos, a conciliação entre o princípio do *opt-out* e o direito à tutela jurisdicional efetiva depende da notificação, através de meios eficazes, a todos os lesados acerca da propositura da ação coletiva, assim como acerca da possibilidade de, dentro de um determinado prazo, exercerem o direito de *opt-out* a qual deve ser acompanhada da informação sobre as consequências advindas do exercício de tal direito.

Não obstante, a este propósito levanta-se um problema essencial. Apesar da possibilidade de recurso aos meios tecnológicos, não é possível garantir que os consumidores lesados tenham o conhecimento efetivo da informação acerca da propositura da ação pela entidade legitimada e da faculdade de exercício do direito de se excluírem da ação coletiva.

Duvida-se, pois, se é suficiente para assegurar o direito ao devido processo legal que se tenham encetado todas as diligências notificatórias para proporcionar à pluralidade dos consumidores lesados o conhecimento da pendência da ação coletiva e da faculdade de exercerem o direito de *opt-out*. Em boa verdade, tudo se baseia numa ficção²⁹⁰, isto é, ficciona-se que os consumidores lesados foram informados, que tal informação chegou

favoráveis (caso julgado *secundum eventum litis*). Vide, NÁGY, Csongor Itsván, *The Reception (...)*, *op. cit.*, p. 439.

²⁸⁹ NÁGY, Csongor Itsván, *The Reception (...)*, *op. cit.*, p. 418; VOET, Stefaan, *Belgian's New (...)*, *op. cit.*, p. 7; COROMINAS BACH, Sergi, *Procesos colectivos (...)*, *op. cit.*, p. 172; BERTOLINO, Giulia, *op. cit.*, pp. 480 e 481; HAMUL'ÁKOVÁ, Klára, *op. cit.*, p. 110; MONTESINOS GARCIA, Ana, *Últimas tendencias em la Unión Europea (...)*, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 96; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La consecución de la tutela judicial efectiva (...)*, *op. cit.*, pp. 15 e 17, a Autora acrescenta ainda que, além da garantia do conhecimento efetivo da existência da ação coletiva e da possibilidade de exclusão voluntária da ação, uma das formas de evitar a preterição do princípio do contraditório ou do direito de defesa dos consumidores passaria por possibilitar a intervenção dos consumidores lesados no processo. Porém, como já tivemos a oportunidade de referir admitir a intervenção dos consumidores, terceiros não litigantes, em ordem a respeitar o princípio do contraditório repercutir-se-ia num procedimento complexo e comprometedor da eficácia do processo coletivo.

²⁹⁰ *Cfr.*, PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La consecución de la tutela judicial (...)*, *op. cit.*, p. 14.

efetivamente ao seu conhecimento e que o ente legitimado beneficia da total confiança dos lesados para a defesa dos seus direitos e interesses.²⁹¹

Ademais, contesta-se que da mesma forma que o sistema de *opt-out* lesa o direito de ação e de defesa dos consumidores, na medida em que estes ficam vinculados à decisão judicial ou ao acordo que resultarem da ação sem que, para o efeito, tenham prestado o seu consentimento expresso ficando, por conseguinte, precluída a possibilidade de recorrerem ao tribunal através de uma ação individual, nas ações coletivas *opt-in* os consumidores que tenham optado por não aderir à ação veem, de igual forma, diminuído o seu próprio direito de ação, pois ficam privados de beneficiar do mecanismo de ação coletiva.²⁹²

A ser assim, sacrifica-se o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva dos consumidores lesados que, por não terem aderido à ação – porventura, por desconhecerem ter sofrido um dano, por não ter sido garantido o conhecimento efetivo da propositura da ação ou por não terem compreendido o seu alcance –, veem precluída a oportunidade de defenderem o seu direito através de uma ação coletiva. E isto é tanto mais grave se se tiver em conta que a ação coletiva pode ser a única alternativa viável, sobretudo, em caso de *small claims*, para a defesa dos seus direitos em juízo.

Como tal, a entender-se que o sistema de *opt-out* contrasta com o direito fundamental de natureza processual à tutela jurisdicional efetiva, *a fortiori*, e por razões de coerência, deve considerar-se que também o sistema de *opt-in* é lesivo de tal direito.²⁹³

De mais a mais, e de forma correlata, alega-se ainda que o sistema de *opt-out* não é incompatível com o direito à tutela jurisdicional efetiva, pelo menos nos casos de ações de pequeno montante, porquanto, a desproporção entre os custos do processo e o valor económico das ações desincentiva os consumidores a propor ações individuais para

²⁹¹ Note-se que a configuração da ação coletiva sobre o modelo de *opt-out* encontra justificação na «representação adequada», isto é, crê-se que os consumidores lesados não têm necessidade de participar na causa na medida em que se considera que os seus direitos e interesses são adequadamente representados pelo ente legitimado. O «representante» garante o direito de defesa dos lesados com a sua participação no processo, crendo-se que a representação dos direitos e dos interesses dos consumidores lesados é efetivamente adequada.

Esta ideia complementada com a garantia da notificação adequada dos consumidores lesados seria suficiente para assegurar o devido processo legal.

²⁹² *Cfr.*, BERTOLINO, Giulia, *op. cit.*, pp. 484 e 485.

²⁹³ BERTOLINO, Giulia, *op. cit.*, p. 487, A Autora salienta que, tanto o sistema de *opt-out* como o sistema de *opt-in* sacrificam os direitos processuais dos lesados. Porém, são-no em prol da eficácia da tutela jurisdicional. A garantia do direito de defesa ou do princípio do contraditório, enquanto expressão do direito fundamental dos lesados a participar no processo para fazer valer a sua razão, pode ser derogada em nome da eficácia da tutela jurisdicional, na medida em que o direito de defesa não é um bem em si, no sentido de que não constitui a finalidade última da atividade jurisdicional, a qual é, precisamente, a obtenção da tutela jurisdicional efetiva.

a obtenção de reparação pelos danos sofridos, da mesma forma que, ao abrigo de um sistema de *opt-in* tenderiam a não encetar esforços no sentido de se vincularem à ação coletiva. Assim sendo, o sistema de *opt-out* garante de forma mais eficaz o acesso à justiça dos consumidores para a defesa dos seus direitos.²⁹⁴

2.2. Sistema misto ou híbrido de *opt-in* e *opt-out*

Tanto o sistema de *opt-in* como o sistema de *opt-out* comportam vantagens e desvantagens. Em ordem a amenizar os vícios de cada um destes sistemas cogita-se – corrente a que nos somamos – a possibilidade de consagrar um sistema misto ou híbrido que combine o sistema de *opt-in* e o sistema de *opt-out*.²⁹⁵

As instâncias europeias formaram, durante largos anos, uma posição sobre o debate em torno do modo de vinculação dos consumidores lesados à ação coletiva reparatória e aos respetivos resultados relevantes dessa ação, manifestando preferência pela consagração do sistema de *opt-in*, pelo menos como regra.²⁹⁶

Nas suas iniciativas a Comissão e o Parlamento Europeu procuravam distanciar as ações coletivas reparatórias europeias das ações coletivas ao estilo americano, sobretudo, com vista a evitar uma cultura europeia de litígios abusivos à semelhança do que se observa na *praxis* norte-americana onde vigora o sistema de *opt-out*.

Segundo as instituições europeias, seria fundamental que o grupo «representado» fosse identificado antes de o tribunal emitir a decisão final sobre a ação coletiva de reparação e que o direito a uma ação eficaz não pode ser interpretado de forma a impedir que os consumidores tomem decisões informadas sobre se desejam ou não reclamar uma indemnização, por forma a respeitar o princípio da autonomia das partes. E isto só é possível se, em conformidade com o sistema de adesão voluntária, os consumidores alegadamente lesados manifestarem expressamente o seu consentimento

²⁹⁴ CAPONI, Remo, *Collective Redress in Europe (...)*, *op. cit.*, p. 13; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La consecución de la tutela judicial efectiva (...)*, *op. cit.*, p. 17.

²⁹⁵ SANDE MAYO, María de Jesus, *Las acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, p. 126 e 127; JUSKA, Zygimantas, *op. cit.*, p. 46; CAPONI, Remo, *Collective Redress in Europe (...)*, *op. cit.*, p. 13.

²⁹⁶ Na Recomendação de 2013 a Comissão recomendou a consagração do sistema de *opt-in* como regra, mas permite o sistema de *opt-out* apenas quando tal é permitido por lei ou ordem judicial e devidamente justificado por razões de boa-administração da justiça. Porém, o conceito de “boa administração da justiça” é vago e suscetível de diversas interpretações.

em aderir à ação coletiva e em ficarem vinculados aos resultados que derivarem dessa ação.²⁹⁷

Porém, evidencie-se que o princípio da adesão não emerge como uma imposição vinculativa aos Estados-Membros, pelo que, a adoção nos respetivos regimes nacionais do sistema de *opt-in* constitui uma mera decisão política dos Estados-Membros.

A atitude da Comissão e do Parlamento em optar por não impor a vinculatividade do princípio da adesão compreende-se se se considerar que, apesar da maioria dos Estados-Membros terem consagrado ações coletivas estruturadas sobre o modelo de *opt-in*, em alguns Estados-Membros as ações coletivas estão edificadas sobre o modelo de *opt-out* e que, em face do seu sucesso, os legisladores nacionais não se manifestam dispostos a alterar apenas para satisfazer as preferências da Comissão, da mesma forma que existem ordenamentos jurídicos europeus onde vigora um regime misto ou híbrido de *opt-in* e *opt-out*.

Observa-se, pois, uma discordância entre os Estados-Membros em torno desta matéria, razão pela qual se crê que no acordo final da «Proposta de Diretiva» se optou por não se tomar uma posição definida sobre o mecanismo de vinculação ao caso julgado resultante da ação representativa, fazendo recair sobre a autonomia dos Estados-Membros a decisão sobre a adoção do mecanismo de *opt-in* ou de *opt-out*, ou uma combinação de ambos, por forma a respeitar as suas tradições jurídicas.²⁹⁸

Esta regra comporta somente uma exceção: no caso de ações coletivas transfronteiriças, os consumidores individuais lesados não residentes habitualmente no Estado-Membro do tribunal onde a ação tenha sido proposta, devem manifestar expressamente a sua vontade em ficar vinculados ao resultado da ação, ou seja, vale obrigatoriamente para estes casos o princípio do *opt-in*.²⁹⁹

Por conseguinte, tratando-se de ações coletivas nacionais, é uma decisão dos Estados-Membros, no momento de transposição da Diretiva, a exigência de adesão expressa dos consumidores afetados pela ação representativa, a exigência de manifestação expressa no sentido de exclusão da ação representativa ou, alternativamente, a combinação de ambos os sistemas mediante a fixação de critérios legais rigorosos ou a atribuição de discricionariedade ao juiz para a escolha entre o sistema de *opt-in* ou *opt-out* à luz das circunstâncias fácticas subjacentes ao caso concreto.

²⁹⁷ SILVESTRI, Elisabetta, *op. cit.*, p. 53.

²⁹⁸ Considerando (15b) da «Proposta de Diretiva».

²⁹⁹ Considerando (15c) da «Proposta de Diretiva».

No momento de determinar quando resultaria oportuna a consagração do sistema de *opt-in* ou do sistema de *opt-out* é imprescindível atentar que o exercício coletivo de uma multitude de pretensões individuais está envolto por agudos óbices económicos aos quais se associam as reticências psicológicas dos consumidores.

Estes fatores, se não observados e ponderados, podem redundar numa escolha ineficiente e ineficaz, obstando ao intento último do mecanismo de tutela coletiva consumerista: a maximização do acesso à justiça dos consumidores.

Por ser assim, predica-se a necessidade de contemplar um mecanismo de tutela coletiva que seja não só processualmente adequado, mas também que se desvele funcional de um ponto de vista económico.³⁰⁰

Dito de outro modo, a eficácia de um mecanismo de tutela coletiva não se basta com uma estruturação adequada do ponto de vista processual, carecendo de ser tomadas em conta as (des)motivações económicas dos consumidores as quais, invariavelmente, influem na sua (in)disposição para defenderem jurisdicionalmente as suas pretensões individuais.

Ademais, além da finalidade primacial de reparação, as ações coletivas ressarcitórias propõem-se a cumprir uma finalidade dissuasora em prol do reforço da proteção dos consumidores e do crescimento sustentado do mercado interno.

Como tal, importa selecionar o modelo (de *opt-in* ou de *opt-out*) que melhor sirva estas finalidades, permitindo tornar efetiva a responsabilidade dos operadores económicos cujas condutas atentaram contra os direitos dos consumidores.

Por outro lado, os consumidores lesados pelas condutas ilícitas e danosas dos operadores económicos, em princípio, não estão predispostos a prosseguir a tutela individual dos seus interesses e direitos em virtude da desproporção entre o montante indemnizatório e os riscos económicos que terão de suportar com o processo judicial, fomentado pela consagração do princípio do perdedor pagador enquanto princípio reitor em matéria de custas processuais.

Posto isto, para a seleção do modelo mais adequado cremos ser de considerar, de imediato, o critério do valor, isto é, releva ter em conta o montante dos danos sofridos pelos consumidores individualmente considerados.³⁰¹

³⁰⁰ No mesmo sentido, COROMINAS BACH, Sergi, *Los procesos colectivos (...)*, *op. cit.*, p. 159.

³⁰¹ Defendendo que uma solução plausível poderia ser a consagração de um sistema duplo em que a escolha entre o *opt-in* e o *opt-out* seria determinada pelo valor dos danos, vide, CAPONI, Remo, *Collective Redress in Europeu (...)*, *op. cit.*, p. 13.

No que concerne ao critério do valor, para a distinção entre os danos de elevado montante e os danos de pequeno montante parece-nos prudente, por razões de coerência e unidade no domínio europeu, fixar o montante de dois mil euros, por ser este o montante estabelecido no Regulamento que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante.³⁰²

Se a conduta danosa controvertida provocou a cada um dos consumidores um dano inferior a dois mil euros, resulta preferível a adoção do sistema de *opt-out*, pois este sistema surge, nestas situações, como a opção mais eficaz para superar a tendencial apatia dos consumidores, maximizar o acesso à justiça e proporcionar um maior efeito preventivo das condutas ilícitas.

Como tivemos oportunidade de salientar, vigorando o sistema de *opt-out* a tendencial apatia dos consumidores em caso de danos individuais de pequena expressão económica tem como efeito a maximização do acesso à justiça. Assim é, porquanto, no esquema deste sistema, os consumidores alegadamente lesados nada têm de fazer para ficar vinculados à ação coletiva ressarcitória e, com efeito, para obter uma compensação pelos danos que sofreram.³⁰³

Ao contrário do que sucede nas ações coletivas *opt-in* em que iniciativa dos consumidores no sentido de se vincularem expressamente à ação coletiva é menos provável nos casos em que os danos assumem um valor pouco expressivo, na medida em que os custos económicos e de tempo a que se soma a própria relutância face à envolvimento num processo judicial, tornam desproporcionais os esforços de adesão à ação, o sistema de *opt-out* revela-se mais eficaz nesta tipologia de situações.

Uma vez que nas ações coletivas *opt-out* são defendidos os interesses de todos os consumidores alegadamente lesados, à exceção daqueles que manifestem expressamente a vontade em excluir-se delas, nos casos de múltiplas reivindicações de pequeno valor, em que a alternativa é, em boa verdade, a ausência de recurso a qualquer ação, o sistema de *opt-out* surge como a opção mais eficaz, pois assegura o acesso à justiça a um amplo número de consumidores.

³⁰² Regulamento (CE) N.º 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 De Julho De 2007, JO L 199/1, 31.7.2007. Este Regulamento estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante, destinado a simplificar e a acelerar as ações de pequeno montante em casos transfronteiriços e reduzir as respetivas despesas e é aplicável aos casos transfronteiriços de natureza civil ou comercial em que o valor do pedido não exceda os dois mil euros (*Cfr.*, artigos 1.º e 2.º, n.º 1 do referido Regulamento).

³⁰³ MULLENIX, Linda S., *Competing Values (...)*, *op. cit.*, pp. 634 e 635; JUSKA, Zygimantas, *op. cit.*, p. 144; COROMINAS BACH, Sergi, *Procesos colectivos (...)*, *op. cit.*, pp. 170 e 172; VOET, Stefaan, *Belgian's New (...)*, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 6; FRATINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 122.

Nas ações coletivas *opt-out* a inércia dos consumidores tende a vencer-se somente nos casos em que os danos sofridos por cada um dos consumidores são significativos. Em tais casos, o recurso à ação individual pode ser economicamente mais vantajoso, justificando-se o exercício de exclusão da ação coletiva. Por outras palavras, tratando-se de *large claims* os consumidores alegadamente lesados podem, em função do elevado montante dos danos que sofreram, obter maiores benefícios mediante o exercício de uma ação individual.

Ademais, ao permitirem reunir num mesmo processo um maior número de consumidores as ações coletivas *opt-out* asseguram um maior nível de dissuasão das práticas ilícitas massivas. Os lesantes serão condenados a ressarcir um maior número de danos o que redundará num montante indemnizatório mais elevado, o que poderá influenciar o comportamento futuro dos agentes económicos, demovendo-os da prática de condutas violadoras dos direitos dos consumidores.³⁰⁴

Assim sendo, pensa-se que o sistema de *opt-out* é o sistema mais adequado para alcançar os objetivos do mecanismo de tutela coletiva, especialmente, quando em causa esteja um litígio em que sejam reclamados danos individuais de pequeno montante em virtude da tendencial inatividade dos consumidores em tais situações.³⁰⁵

Por seu turno, e como já aludimos precedentemente, o modelo de *opt-in* a tendência para a inatividade dos consumidores torna-se mais evidente.³⁰⁶

Assim é porque os consumidores têm, ao abrigo deste sistema, de manifestar explicitamente a sua vontade de aderir à ação coletiva, o que implica dispêndio de tempo e dinheiro. Como tal, em particular nos casos que envolvam múltiplas reivindicações de pequeno valor, a adesão à ação coletiva pode tornar-se pouco apetecível, sendo pouco provável que todos ou a maioria dos lesados se disponham a prestar expressamente o seu consentimento em ordem a ficar vinculados à ação coletiva, o que se repercute na limitação do acesso à jurisdição para a obtenção de reparação pelos danos sofridos, assim

³⁰⁴ JUSKA, Zygimantas, *op. cit.*, pág. 145.

³⁰⁵ MULLENIX, Linda S., *Competing Values (...)*, *op. cit.*, p. 634; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Damages Claims and Collective Redress (...)*, *op. cit. loc. cit.*, p. 448, nota de rodapé n.º 48; JUSKA, Zygimantas, *op. cit.*, p. 144; RAMOS, Maria Elisabete, *op. cit.*, p. 101.

³⁰⁶ SANDE MAYO, María Jesús, *La configuración (...)*, *op. cit.*, p. 123; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Damages Claims and Collective Redress (...)*, *op. cit. loc. cit.*, p. 448, nota de rodapé n.º 48; RAMOS, Maria Elisabete, *op. cit.*, pp. 101 e 102; RUIZ-PEINADO, Francisco Romero de Ávila, *op. cit.*, p. 22; HAMUL'ÁKOVÁ, Klára, *op. cit.*, p. 108.

como, compromete a eficácia da reparação coletiva e mina os objetivos de justiça corretiva.³⁰⁷

Tal comportamento de apatia racional aparece contrariado apenas nos em que os danos individualmente sofridos assumem um valor económico significativo, nos quais se verifica uma maior probabilidade para a iniciativa dos consumidores no sentido de aderirem à ação coletiva.

Como tal, quando os danos reclamados pelos consumidores sejam superiores a dois mil euros, conquanto, que se tenham de observar os demais contornos fácticos da controvérsia jurídico-concreta, a decisão do juiz quanto ao modelo a adotar para a formação do grupo deve orientar-se pelo o modelo de adesão voluntária ou *opt-in*.³⁰⁸

Além disso, a reclamação dos danos por um número pouco significativo de consumidores condiciona o efeito dissuasor do mecanismo de tutela coletiva e a efetivação da justiça corretiva.³⁰⁹

A abrangência de um menor número de lesados resulta num processo com uma menor dimensão e, por conseguinte, que atinge montantes significativamente inferiores aos que poderiam alcançar-se num processo em que é maior o número de consumidores a reclamar os danos individualmente sofridos.

Como consequência, o profissional lesante é condenado a ressarcir um menor espectro de danos o que, em termos quantitativos, pode significar uma soma diminuta em relação aos ganhos que obteve através da prática da conduta ilícita e danosa o que, de um ponto de vista racional, pode tornar vantajosa a adoção ou a reiteração da prática de condutas violadoras dos direitos dos consumidores.

Estes obstáculos viciam o sistema de *opt-in* devendo, como tal, a sua aplicação circunscrever-se a hipóteses muito específicos ou residuais.³¹⁰

No entanto, não podemos descurar que, não raras vezes, os danos alegadamente sofridos pelos consumidores assumem um valor insignificante – «danos bagatelares».

Nos casos em que os consumidores sofram danos de tão pequeno montante a necessidade de dispensar a manifestação de vontade dos consumidores para beneficiarem

³⁰⁷ JUSKA, Zygimantas, *op. cit.*, pp. 143 e 144; MULLENIX, Linda S., *Competing Values (...)*, *op. cit.*, p. 634; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Damages Claims and Collective Redress (...)*, *op. cit. loc. cit.*, nota de rodapé n.º 48, p. 448; LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Acciones colectivas (...)*, *op. cit.*, p. 64.

³⁰⁸ No mesmo sentido, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, *Damages Claims and Collective Redress (...)*, *op. cit. loc. cit.*, p. 448, nota de rodapé n.º 48; SANDE MAYO, María Jesús, *La configuración (...)*, *op. cit.*, pp. 126 nota de rodapé n.º 19 e 128.

³⁰⁹ DELATRE, Jocelyn G., *op. cit., loc. cit.*, p. 34.

³¹⁰ SANDE MAYO, María Jesús, *La configuración (...)*, *op. cit.*, p. 123.

do resultado da ação coletiva ressarcitória surge como altamente recomendada como forma de compensar a passividade dos consumidores lesados por este tipo de danos e, assim, incrementar a eficácia da tutela jurisdicional e o acesso à justiça.³¹¹

No limite, com inspiração no regime das *mandatory class actions* anglo-saxónicas ao abrigo do qual não se possibilita aos lesados o exercício do direito de *opt-out*, defende-se que nestas situações não deve aplicar-se nem o princípio do *opt-in*, nem o princípio do *opt-out*, prescindindo-se da vontade dos consumidores quer no sentido de manifestarem a sua adesão à ação quer no sentido dela se excluírem.³¹²

Nesta sequência, em caso de «danos bagatelares» justificar-se-ia a «representação» obrigatória, a qual não deveria pugnar-se como violadora da autonomia das partes, uma vez que, a prática tem evidenciado que nestas situações os consumidores não têm conhecimento da existência da ação e, muitas vezes, nem sequer têm consciência de que sofreram danos ou, ainda que tenham conhecimento da existência da ação ou de que foram lesados não têm interesse em reclamar judicialmente os danos em virtude do seu valor trivial.

Como tal, nos casos em que o montante dos danos individuais é muito pequeno, importaria superar a apatia racional dos consumidores e priorizar o alcance da tutela jurisdicional efetiva em detrimento das garantias processuais das partes.³¹³

Ainda que possamos manifestar concordância com esta fundamentação, não cremos, porém, ser razoável a conclusão que logra alcançar. A «representação» obrigatória patentearia, a nosso ver, uma preterição excessiva da autonomia das partes e das suas garantias processuais, mormente, os princípios do dispositivo e do contraditório, além de que não permite alcançar um resultado, em termos de eficácia da tutela jurisdicional, muito dispare do que se obtém mediante a consagração de um sistema de *opt-out*.

Neste íterim, assim estruturada a ação coletiva deixaria um amplo poder de discricionariedade ao juiz, o qual pode escolher livremente entre um modelo de *opt-in* ou um modelo de *opt-out*.

³¹¹ Neste mesmo sentido, pronunciou-se o Parlamento Europeu e o Conselho na versão inicial da «Proposta de Diretiva». Do artigo 6.º, n.º 3, alínea b) consta que quando os consumidores tenham sofrido perdas de montante tão pequeno, os Estados-Membros não devem exigir o mandato dos consumidores no âmbito da ação coletiva, assumindo, neste contexto, o conceito de “mandato” o significado de ato de adesão.

³¹² *Cfr.*, SANDE MAYO, María de Jesús, *La configuración (...)*, *op. cit.*, pp. 128 e 129.

³¹³ *Ibidem*; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La consecución de la tutela judicial efectiva (...)*, *op. cit.*, p. 16.

Não obstante, é necessário que o juiz se guie por alguns critérios objetivos que, ainda que não vinculativos, o possam nortear na escolha, caso a caso, do sistema mais adequado.

O critério do valor, nos termos acima exarados, recomenda o sistema de exclusão voluntária nos casos em que são reclamados danos de pequeno valor económico, isto é, quando o montante dos danos não exceda os dois mil euros. Já no caso de o valor dos danos exceder os dois mil euros, o sistema de *opt-in* pode cogitar-se como uma solução adequada.

Sem prescindir, não pode ignorar-se que os consumidores se movem num mercado cada vez mais globalizado o que fomenta a emergência de litígios com um carácter transfronteiriço. Por conseguinte, a atividade dos tribunais é crescentemente confrontada com ações coletivas transfronteiriças.

A eficácia do mecanismo de tutela coletiva está, de igual modo, dependente da observância e ponderação desta realidade, a qual deverá ser atendida na sua configuração, *maxime*, no momento de selecionar o modelo mais adequado de determinação da composição do grupo que haverá de ficar vinculado ao resultado do processo.

Nesta senda, a par de um critério objetivo assente no valor dos danos, deverá mobilizar-se um critério geográfico que atenda à (in)transfronteiricidade do litígio. O mesmo é dizer, importa considerar não só a dimensão quantitativa dos danos sofridos pelos consumidores, mas também a maior ou menor dispersão geográfica dos mesmos.

Quando os danos provocados pela conduta de um profissional não se circunscrevem ao território nacional e a ação coletiva é intentada por uma entidade qualificada num Estado-Membro que não o da sua designação, caso em que estamos perante uma ação coletiva transfronteiriça, a preferência por um modelo de *opt-out* – ainda que estejam em causa danos de pequeno montante –, dada a sua apetência para a prossecução dos objetivos fundamentais da tutela coletiva – em *ultima ratio*, a maximização do acesso à justiça –, deve ser preterida em favor do sistema de *opt-in*.

Se, em tais casos, fosse selecionado o modelo de *opt-out* gerar-se-ia um grande risco de que integrassem o grupo de lesados vinculados à *res iudicata* consumidores que não tinham a mínima ciência da pendência de uma ação coletiva destinada à tutela dos seus interesses.

Neste cenário, agudiza-se a dificuldade de garantir a comunicação efetiva de cada um dos consumidores lesados e, por isso, ainda que se revele na prática um sistema menos eficaz, acreditamos que o sistema de *opt-in* é mais garantístico neste contexto.

Ao postular-se a consagração do sistema de *opt-in* para os casos de ações coletivas transfronteiriças, estamos cientes de que a eficácia da ação de tutela coletiva é restringida pois, e como sabemos, do mesmo modo que o número de consumidores que se excluem do processo coletivo modelado pelo sistema de exclusão voluntária é diminuto, também será insignificante o número de consumidores que incitarão esforços para aderir à ação coletiva, tanto mais quando a ação é proposta num Estado-Membro distinto do Estado-Membro da residência dos consumidores lesados.

Note-se, porém, que esta opção vale somente para os consumidores não residentes no Estado-Membro onde é proposta a ação coletiva, mantendo-se a preferência pelo sistema de *opt-out*, com destaque para as controvérsias em que estão em causa danos de pequeno montante, relativamente aos consumidores residentes no Estado-Membro correspondente ao *locus standi*.

Pelo exposto, é defensável a consagração de um sistema misto ou híbrido, nos termos do qual vigore sistema de *opt-out* com exceções. Em regra, pelas razões que se apontaram supra, deverá vigorar o sistema de *opt-out*, valendo apenas o sistema de *opt-in* nos casos em que: (i) o sistema de *opt-out* não se mostra adequado à situação concreta em litígio, mormente, em virtude do maior montante dos danos reclamados; e, (ii) sempre que os consumidores lesados não residam no território nacional.³¹⁴

³¹⁴ Esta proposta aproxima-se da solução que vigora no sistema belga de tutela coletiva.

O sistema belga assenta, no que tange ao modo de composição do grupo vinculado ao caso julgado, num sistema misto ou híbrido de *opt-in* e *opt-out* através da atribuição ao juiz de um amplo poder de discricionariedade, nos termos dos artigos XVII.38 e XVII.43, § 2, 3º do CDE.

O juiz belga tem poder de avaliar qual a opção – opção de adesão ou *opt-in* ou a opção de exclusão ou *opt-out* – que *in concreto* lhe parece mais adequada para o litígio. Porém, somente nos casos em que os consumidores lesados residam habitualmente na Bélgica. Se os consumidores lesados não residirem habitualmente no território nacional e/ou se forem reclamados danos corporais ou morais, a discricionariedade do juiz é coartada *ex vi legis*, impondo-se que em tais casos que os consumidores lesados manifestem expressamente a sua vontade para compor o grupo. Vigora, assim, neste segundo grupo de casos, o princípio da adesão ou de *opt-in*.

Sobre este ponto, *vide* por todos, VOET, Stefaan, *Belgium's New (...)*, *op. cit.*, p. 7; NOWAK, Janek Tomasz, *op. cit.*, pp. 182 e 183.

Esta solução deverá ser imposta aos Estados-Membros, porquanto, é a solução plasmada no acordo final da «Proposta de Diretiva»: “Consumers concerned by a representative action for redress should have adequate opportunities, after the action has been brought, to express their will on whether or not to be represented by the qualified entity in that specific representative action and whether or not to benefit from the relevant outcomes of that representative action. To best respond to their legal traditions, Member States should provide for an opt-in or opt-out mechanism, or a combination of both. (...) an opt-in mechanism should be required regarding a representative action for redress when the consumers affected by an infringement do not habitually reside in the Member State of the court or administrative authority before which the representative action is brought. In such a situation, consumers should have to explicitly express their will to be represented in that representative action in order to be bound by the outcome of the action (*vide*, considerandos 15(b) e 15(c) da «Proposta de Diretiva»).

CONCLUSÕES

No término deste estudo dedicado à tutela coletiva ressarcitória para a proteção de interesses individuais homogêneos na ordem jurídica europeia importa referir as principais conclusões que lográmos com a investigação realizada.

Sem embargo, não sem antes renovarmos o nosso aplaudo aos esforços encetados pelas instâncias europeias para efetivar e generalizar no espaço europeu as ações coletivas com uma finalidade ressarcitória.

Vejam os.

- 1) A tutela coletiva é um mecanismo jurídico que pode visar duas finalidades: (i) uma finalidade inibitória, destinando-se a determinar a cessação ou a proibição de uma determinada prática ilícita (tutela coletiva inibitória); e, (ii) uma finalidade reparatória concretizável, nomeadamente, mediante a condenação do lesante ao pagamento de uma indemnização (tutela coletiva reparatória e, em particular, ressarcitória).
- 2) As ações coletivas inibitórias têm por objeto interesses de natureza coletiva porque através da imposição da cessação ou da proibição de uma determinada conduta é possível tutelar simultaneamente todos os consumidores afetados.
- 3) As ações coletivas ressarcitórias visam a proteção de interesses individuais homogêneos, porquanto, se trata de reparar os danos sofridos por cada um dos consumidores individuais.
- 4) Os interesses individuais homogêneos são, do ponto de vista substancial, verdadeiros direitos subjetivos individuais que, pela sua origem comum e homogeneidade, são merecedores de uma tutela coletiva.
- 5) Por ser assim, a categoria dos interesses individuais homogêneos corresponde à soma da pluralidade dos direitos subjetivos individuais lesados, que na ação coletiva são tratados de forma unitária.
- 6) Em substância, observa-se o exercício coletivo de ações individuais conexas ou homogêneas, tratando-se em bom rigor de uma coletivização de ações e interesses individuais.
- 7) A proteção unitária da pluralidade dos direitos individuais só é possível *post factum* danoso, o mesmo é dizer, a categoria dos interesses individuais homogêneos só se autonomiza como tal com a prática do facto danoso.

- 8) Por conseguinte, não é possível uma tutela preventiva dos interesses individuais homogêneos, a qual apenas é concretizável após a prática do facto danoso, consolidando-se, como tal, como uma tutela de índole reparatória.
- 9) A coletivização processual de ações e direitos individuais justifica-se por razões meramente processuais, tendo como finalidade facilitar o acesso à justiça para a proteção da pluralidade dos direitos subjetivos lesados, em virtude da sua origem comum, da sua homogeneidade e do elevado número de lesados.
- 10) A conformação procedimental adequada de um mecanismo de tutela coletiva ressarcitória implica, desde logo, a análise da questão da legitimidade para agir.
- 11) Privilegiamos, a este nível, a consagração de um modelo representativo atributivo de legitimidade para agir cabe a uma organização, de natureza privada, previamente designada representativa dos interesses dos consumidores e que observe um conjunto de requisitos mínimos.
- 12) Sem embargo, não negamos a consagração de uma legitimidade concorrente, ou seja, que a par da legitimidade para agir atribuída às entidades qualificadas seja concedido *ex lege* poder para a propositura da ação a outros entes ou sujeitos, *maxime*, aos consumidores individuais lesados.
- 13) A legitimidade das entidades qualificadas é outorgada *ex lege*, tratando-se de uma opção legislativa, decerto, fundada na aptidão de tais entidades para conduzir, eficiente e eficazmente, o processo para a defesa dos interesses dos consumidores.
- 14) As entidades qualificadas agem em nome próprio, assumindo a posição de parte no processo, e exercem a ação coletiva em defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores lesados pelo facto ilícito e danoso.
- 15) A este fenómeno tem a doutrina dado a qualificação de “legitimidade representativa” ou “legitimidade originária específica”.
- 16) Conquanto as ações coletivas ressarcitórias obedeçam a um esquema *one to one*, figurando como partes processuais somente a entidade qualificada legitimada para o efeito e o profissional lesante, os beneficiários do resultado do processo serão os consumidores titulares dos direitos controvertidos.
- 17) Não obstante, nem todos os consumidores lesados estão vinculados ao resultado do processo coletivo.
- 18) A preocupação em disciplinar o modo como se concretiza a extensão da eficácia do caso julgado ao consumidores, terceiros na lide, apenas releva nas ações coletivas ressarcitórias.

- 19) A determinação dos consumidores lesados vinculados ao resultado da ação coletiva varia em função do modelo de vinculação adotado: modelo de *opt-in* ou modelo de *opt-out*.
- 20) Nos sistemas de *opt-in* ou de auto inclusão a entidade qualificada age apenas para a defesa dos direitos dos consumidores alegadamente lesados que hajam prestado o seu consentimento expresso em aderir à ação coletiva já iniciada e, com efeito, em ficar vinculados aos efeitos da decisão judicial ou ao acordo que põem termo à ação.
- 21) No sistema de *opt-out* a entidade qualificada atua no processo em defesa dos interesses de todos os consumidores lesados pela conduta danosa que não hajam manifestado expressamente a sua vontade em desvincular-se da ação representativa.
- 22) Na escolha do sistema mais adequado cremos ser de atender a dois critérios – o critério do valor e o critério geográfico.
- 23) Da ponderação de tais critérios logramos ser defensável a consagração de um sistema misto ou híbrido, nos termos do qual vigore sistema de *opt-out* com exceções. Em regra, pelas razões que se apontaram supra, deverá vigorar o sistema de *opt-out*, valendo apenas o sistema de *opt-in* nos casos em que: (i) o sistema de *opt-out* não se mostra adequado à situação concreta em litígio, mormente, em virtude do maior montante dos danos reclamados; e, (ii) sempre que os consumidores lesados não residam no território nacional.

BIBLIOGRAFIA

AFFERNI, Giorgio,

_____ *Azione di classe e danno antitrust*, disponível em https://www.academia.edu/6548958/Azione_di_classe_e_danno_antitrust (último acesso a 12 de Junho)

_____ *Class action e danno antitrust: il caso traghetti*, disponível em <http://www.consumatoridirittimercato.it/wp-content/uploads/2012/12/2012-2class-action-e-danno-antitrust-il-caso-traghetti.pdf> (último acesso a 12 de Junho)

ALBUQUERQUE, Pedro de, *A representação voluntária em direito civil*, Almedina, 2004

ALEXANDER, Janet Cooper, *An introduction to class action in the United States*, disponível em <https://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf> (último acesso em 23 de Março de 2020)

ALMEIDA, António, *A ação popular e a lesão de bens ambientais*, in *LUSÍADA, Rev. C.C.*, n.ºs 1 e 2, 2002

ALPA, Guido, *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *RTDPC*, Anno LXIV, n.º 2, 2010

ALVES, João, *Ação popular: manifesta improcedência do pedido – parecer do Ministério Público*, in *RMJ*, n.º 148, Out.-Dez., 2010

AMADEI, Davide, *Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile*, in *LNLCC*, n.º 5, Anno XLII, 2019

ANDREWS, Neil, *Fundamentals of multi-party or collective litigation: Reflections from the perspective of England*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2399059> (último acesso a 10 de Maio de 2020)

AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, *Consumer Collective Redress under the Brussels I Regulation Recast in the Light of the Commission's Common Principles*, in *JPIL*, Vol. 11, n.º 1, 2015

ANSELMO DE CASTRO, Artur, *Lições de Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 1973

ARENHART, Sérgio Cruz, *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*, 2.ª edição revista, atualizada e ampliada, Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2014

ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo, *Curso de Processo Civil Coletivo*, 2.ª tiragem, Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2019

ARMENTA DEU, Teresa, *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, 2013

ÁVILA RUIZ-PEINADO, Francisco Romero de, *Spanish Antitrust Private Enforcement: Enhancing Consumer Collective Redress*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2603265>

AZAR-BAUD, Maria José e BIARD, Alexandre, *The Dawn of Collective Redress 3.0 in France?*, disponível em https://www.researchgate.net/publication/338970148_The_Dawn_of_Collective_Redress_3_0_in_France_forthcoming_in_ed_book_-_2020 (último acesso a 24 de abril de 2020)

AZAR-BAUD, Maria José, *L'action de groupe une valeur ajoutée pour l'environnement?*, in *LRESL*, série 22, 2015

BAETGE, Dietmar, *Class actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation: Germany*, disponível em <http://globalclassactions.stanford.edu/content/class-actions-group-litigation-other-forms-collective-litigation-germany> (último acesso a 10 de Maio de 2020)

BÄLZ, Henning, *Germany*, in *TCLR*, SWALLOW, Richard, *et. al. (ed.)*, Law Business Research, 2019

BARKER, George e FREYENS, Benoît Piere, *The Economics of the European Commission's Recommendation on Collective Redress*, in *Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva, et. al. (ed.), BIICL, London, 2015

BAUM, Harald, *The German Capital Markets Model Case Act – A Functional Alternative to the US-Style Class Action for Investor Claims?*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2909545 (último acesso a 10 de Maio de 2020)

BENEDI LAHUERTA, Sara, *Enforcing EU Equality Law through Collective Redress: Lagging behind?*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3348079> (ultimo acesso a 11 de Julho de 2020)

BERTOLINO, Giulia, *L'«opt-out» nell'azione risarcitoria collettiva. Em contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, in *RTDPC*, Ano LXX, n.º 2, 2016

BEUC, *Wolkswagen Dieselgate Four Eyars Down The Road: Na overview of enforcement actions and policy work by BEUC and its members since the Dieselgate scandal*, disponível em https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2019-050_report_-_four_years_after_the_dieselgate_scandal.pdf (último acesso a 24 de abril de 2020)

BEZERRA, José Miguel, SAMPAIO E NORA, ANTUNES VARELA, João de Matos, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2006

BIARD, Alexandre e AMARO, Rafael P., *Resolving Mass Claims in France*, disponível em https://www.researchgate.net/publication/312173326_Resolving_Mass_Claims_in_France_Toolbox_Experience (último acesso a 24 de Abril de 2020)

BIARD, Alexandre,
_____ *Collective Redress in the EU: A Rainbow Behind the Clouds?*, in *ERA Forum*, 2018

_____. *Judges and Mass Litigation. (Behavioural) Law & Economics Perspective*, disponível em https://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2016/8204/pdf/BIARD_Manuscript_2014.pdf (último acesso a 4 de Maio de 2020)

_____. *Sale temps pour l'action de groupe... la necessaire recherche d'outils alternatifs pour résoudre les litiges de masse*, in *RLDC*, Vol. 157, 2018

BIAVATI, Paolo, *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione europea*, in *RTDPC*, Anno LXII, n.º 4, 2008

BLENNERHASSETT, Joanne, *Mass Harm Litigation In Ireland And Multi-Party Actions*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3082816 (ultimo acesso a 26 de Abril de 2020)

BOULARBAH, Hakim, VAN DEN BOSSCHE, Maria-Clara, *Belgium*, in *TCALW*, SWALLOW, Richard, *et. al. (ed.)*, Law Business Research, 2017

BRAZZINI, Sara e MUIÁ, Pier Paolo, *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019*, n. 31, G. Giappichelli Editore, 2019

BRUNET, Edward, *Class actions objectors: extortionist free riders or fairness guarantors*, in *UCLF*, Vol. 2003, Issue 1, 2003

BUENO, Cassio Scarpinella, *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, in *RePro*, Vol. 82, 1996

BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, BOSCH, 1995

BURNS, Jean Wegman, *Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions*, in *HLJ*, Vol. 42, Issue 1, 1990

BUSCHKIN, Ilana, *The Viability of Class Action Lawsuits in a Globalized Economy – Permitting Foreign Claimants to be Members of Class Action Lawsuits in the U.S. Federal Courts*, in *CLR*, Vol. 90, Issue 6, 2005

CAFAGGI, F., *Towards Collaborative Governance of European Remedial and Procedural Law*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3113601> (último acesso a 27 de Maio de 2020)

CAFAGGI, Fabrizio e MICKLITZ, Hans-W.,

_____ *Administrative and Judicial enforcement in Consumer Protection: The way Forward*, in *EUI Working Papers Law No. 2008/29*, 2008

_____ *Collective Enforcement of Consumer Law: A Framework for Comparative Assessment*, in *ERPL*, Vol. 16, 2009

CALCAGNO, Nicolò, *'Italian Class Action': The Beginning*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1875424 (último acesso a 13 de Janeiro de 2020)

CAÑAS, Ignacio Onandia, *La acción colectiva en la Unión Europea: ¿Es posible encajarla em el Reglamento de Bruselas I Bis?*, in *RJUAM*, n.º 39, 2019

CAPONI, Remo,

_____ *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*, *RTDPC*, Anno LXI, n.º 5, 2007

_____ *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Il Foro It.*, Vol. 131, n.º 11, 2008

_____ *Tutela collettiva: interessi protetti e modelli processuale*, in *RDC*, n.º 16, 2009

_____ *Collective Redress in Europe: Current Developments of "class action" suits in Italy*, in *ZZI*, Vol. 16, 2011

CAPUTO, Luca e CAPUTO, Mattia, *La nuova class action (L. 12 aprile 2019, n. 31)*, in *IC*, 2019

CARRATA, Antonio, *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, in *RDP*, Anno LXIV, n.º 2, 2009

CARVALHO FERNANDES, Luís A., *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 2.ª edição, LEX, 1996

CASTRO MENDES, João de, *Direito Processual Civil*, Vol. II, aafdl, 2012

CATALÁN CHAMORRO, María José, *El acceso a la justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo*, tirant to blanch, 2019

CHIARELLA, Maria Luisa, *Overview of Class Actions: Italian Consumer Law and Cross-Border Litigation*, in *ATL*, Vol. 4, Issue 2, 2018

CIANCIO, Anna Giordano, *The controversial application of collective consumer redress judicial procedures in the UK context: Terminological and conceptual inconsistencies, overlaps and ambiguities*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1722387 (último acesso a 10 de Maio de 2020)

COFFEE JR., John C.,

_____ *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, disponível em https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship (último acesso a 12 de Agosto de 2020)

_____ *The Globalization of Entrepreneurial Litigation: Law, Culture, and Incentives*, disponível em https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9600&context=penn_law_review (ultimo acesso a 12 de Agosto de 2020)

COLE, Eva W., *The Class Action Mechanism and Court's Continued Focus on Class Certification and Settlements Requirements*, disponível em

<https://www.winston.com/images/content/1/0/v2/102490/Cole-Chapter.pdf> (último acesso a 10 de Maio de 2020)

CONSOLO, Claudio, BUZZELLI, Paolo e BONA, Marco, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, IPSOA, 2008

CONSOLO, Claudio, *La nuova azione di classe, non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere*, in *Riv. Dir. Ban.*, fasc. IV, I, 2018

COROMINAS BACH, Sergi,

_____ *La necesaria tutela colectiva de las afectaciones plurales a los intereses de los consumidores y usuarios*, in *RDB*, Vol. 18, n.º 7, 2017

_____ *La financiación de las acciones colectivas en la Unión Europea: un análisis crítico a partir de la experiencia comparada*, in *Acciones colectivas (Cuestiones actuales y perspectivas de future)*, DEU, Teresa Armenta, et. al. (coord.), Marcial Pons, 2018

_____ *Procesos colectivos. Um necessário salto hacia el futuro*, Marcial Pons, 2018

COSTA e SILVA, Paula, *Um Desafio à Teoria Geral do Processo. Repensando a Transmissão da Coisa ou Direito em Litígio. Ainda um Contributo para o Estudo da Substituição Processual*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

DANILO DE SANTIS, Angelo, *L'adesione*, in *Il Foro It.*, Anno CXLIV, n.º 9, 2019

DELATRE, Jocelyn G., *Beyond the White Paper: Rethinking the Commission's Proposal on Private Antitrust Litigation*, in *TCLR*, Vol. 8, Issue 1, 2011

DI MARZO, Clausia, *La via italiana alla class action per danni extracontrattuali ed i principal modelli di tutela collettiva risarcitoria*, in *GIURETA*, Vol. VIII, 2010

DIANA, Antonio Gerardo, *Class Action e inibitória collettiva. Nuova disciplina*, CEDAM, Milano, 2019

DODSON, Scott, *An Opt-In Option for Class Actions*, in *Mich. L. R.*, Vol. 115, Issue 2, 2016

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A., *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Almedina, 1974

DONZELLI, Romolo,

_____ *Interessi Collettivi e Diffusi*, disponível em https://www.academia.edu/1122033/Interessi_collettivi_e_diffusi (último acesso a 17 de Março de 2020)

_____ *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Jovene Editore, 2011

_____ *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in *Quaderni di Judicium*, n.º 6, 2019

DORIAT- DUBAN, Myriam; FERREY, Samuel e HARNAY, Sophie, *The economics of Class Actions: Fundamental Issues and New Trends*”, in *Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva, et. al. (ed.), BIICL, London, 2015

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A. e OLIVA SANTOS, Andrés de la, *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Editora Centro de Estudios Ramón Areces, 1994

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas, *Direito Processual Civil*, Vol. I, 2.ª Edição, Almedina, 2019

FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo, *Os Efeitos da Sentença na Lei de Acção Popular*, in *RevCEDOUA*, ano 2, 1999

FIORIO, Paolo, *La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*, disponível em www.ilcaso.it (último acesso a 12 de Maio de 2020)

FITZPATRICK, Brian T., *Can and Should the New Third-Party Litigation Financing Come to Class Actions?*, in *TIL*, Vol. 19, 2018

FRATINI, Riccardo, *L'adesione, in Class Action. Commento 145* sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31, *Quaderni di Judicium*, n.° 6, SASSANI, Bruno, et. al., (coord.), Pacini Giuridica, 2019

GAC, Maciej, *Collective Redress v. Class Actions – Convergence or divergence between the European and American Solutions on Group Litigation?*, in *The Interaction of national legal systems: convergence or divergence?*, Vilnius University Conference Papers 2013

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela Judicial de los Consumidores y Transacciones Colectivas*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010

GERADIN, Damien, *Collective Redress for Antitrust Damages in the European Union: Is this Reality Now?*, disponibile em <http://ssrn.com/abstract=2593746>

GIDI, Antonio, et. al., (coord.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, Porrúa, 2003

GIORGETTI, Alessandro e VALLEFUOCO, Valerio, *Il contenzioso di massa in Italia, Europa e nel mondo*, Milano, Giuffrè, 2008

GIUGGIOLI, Pier Filippo, *L'azione di classe. Um nuovo procedimento collettivo*, CEDAM, Milano, 2019

GIUSSANI, Andrea,

_____ *Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria*, in *RDP*, Anno LXIII, n.° 2, 2008

_____ *Modello extraeuropei di tutela collettiva risarcitoria*, in *Le azioni collettive in Italia*, BELLI, C., et. al. (ed.), Giuffrè, Milano, 2008

_____ *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, in *RDP*, Anno LXIV, n.° 2, 2009

_____ *Il nuovo art. 140-bis C. Com.*, in *RDP*, Anno LXV, n.° 3, 2010

_____ *Le azione di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *RTDPC*, Anno LXXIII, n.° 1, 2019

- GORYWODA, Lukasz, *Class Arbitration*, in *Arbitration e-Review*, n.º 3-4, 2013
- GRINOVER, Ada Pelegrini,
_____ *A ação popular portuguesa: uma análise comparativa*, in *RPDC*, n.º 5, 1996
_____ *Dalla class action for damages all'azione di classe brasiliana*”, in *RDP*, Anno LV, n.º 4, 2000
_____ *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, in *RePro*, ano 25, n.º 97, 2000
- GUARNIERI, Maria Laura, *Note a prima lettura sull'art. 840-bis c.p.c.*, disponível em <http://www.judicium.it/note-lettura-sullart-840-bis-c-p-c/> (último acesso a 24 de Abril de 2020)
- GUERNELLI, Michele, *La nuova azione di classe: profili processual*, in *RTDPC*, n.º 3, Anno LXIV
- GUIXÉ NOGUÉS, Elena, *Acciones colectivas en defensa de los derechos e intereses de consumidores e usuarios: problemas de competencia*, in *Acciones Colectivas (cuestiones actuales e perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, et. al. (coord.), Marcial Pons, 2018
- GUTIÉRREZ CABIEDES, Pablo,
_____ *Damages Claims and Collective Redress: The European Approach vs. US Class Actions*, in *Derecho, Justicia y Universidad*, Liber Amicorum de Andrés de Oliva Santos, DÍEZ-PICASO GIMÉNEZ, Ignacio, et. al. (coord.), Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017
_____ *Acciones colectivas: Pretensiones y legitimación*, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales e perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, et. al. (coord.), Marcial Pons, 2018
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo e CAVIEDES, Hidalgo de, *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales Colectivos y Difusos*, ARANZADI Editorial, 1999

HAAR, Brigitte, *Collective action between regulatory goals and individual claimants' rights – Collective redress mechanisms in EU Member States as points of departure for procedural innovation*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2990634> (ultimo acesso a 2 de Junho de 2020)

HAMUL'ÁKOVÁ, Klára, *Opt-Out Systems in Collective Redress: EU perspectives and Present Situation in the Czech Republic*, in *HJLS*, Vol. 59, Issue 1, 2018

HENSLER, Deborah R.,

_____ *The Globalization of Class Actions: An Overview*, in *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 622, Issue 1, 2009

_____ *From Sea to Shining Sea: How and Why Class Actions are Spreading Globally?*, in *KLR*, Vol. 65, Issue 5, 2017

HERRETO PEREZAGUA, Juan F., *et. al. (dir), Las Transformaciones del Proceso Civil*, Thomson Reuters: ARANZADI, 2016

HODGES, Christopher, BENÖHR e CREUTZFELDT-BANDA, Naomi, *Consumer-to-business dispute resolution: the power of CADR*, in *ERA Forum*, 13, 2012

HODGES, Christopher,

_____ *Collective Actions*, in *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, CANE, Peter, *et. al. (ed.)*, Oxford University Press, Oxford, 2010

_____ *Collective Redress in Europe: The New Model*, in *CJQ*, Vol. 2020, n.º 7, 2010

_____ *Collective Redress: A Breakthrough or a Damp Squibb?*, in *JCP*, Vol. 37, Issue 1, 2014

_____ *Collective Redress: The Need for New Technologies*, in *JCP*, Vol. 42, Issue 1, 2019

_____ *New Modes of Redress For Consumers: Adr And Regulation*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2126485> (ultimo acesso a 24 de Abril de 2020)

HODGES, Christopher, VOGENAUER, Stefan e TULIBACKA, Magdalena, *Costs and Funding of Civil Litigation: a Comparative Study*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1511714> (ultimo acesso a 21 de Maio de 2020)

ISSACHAROFF, Samuel e MILLER, GEOFFREY P., *Will Aggregate Litigation Come to Europe?*, in *VLR*, Vol. 62, 1, 2009

ISSACHAROFF, Samuel,

_____ *Class action e autorità statale*, in *RTDPC*, Anno LXVIII, n.º 3, 2014

_____ *Collective Action and Class Action*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3040302 (último acesso a 19 de Dezembro de 2019)

_____ *Preclusion, Due Process, and the Right Opt-Out of Class Actions*, disponível em <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr> (último acesso a 2 de Maio de 2020)

J. CSERES, Katalin, *Harmonising Private Enforcement of Competition Law in Central and Eastern Europe: The Effectiveness of Legal Transplants Through Consumer Collective Actions*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 8, 12, 2015

JANCIUTE, Laima, *Data protection and the construction of collective redress in Europe: exploring challenges and opportunities*, in *International Data Privacy Law*, Vol. 9, 1, 2019

JUSKA, Zygimantas, *Obstacles in European Competition Law Enforcement: A potential solution from Collective Redress*, in *EJLS*, Vol. 7, Issue 1, 2014

KLEMENT, Allon e KLONOFF, Robert, *Class Actions in the United States and Israel: A Comparative Approach*, in *TIL*, Vol. 19, Issue, 2018

KRACHLER, Christian e RZEHORSKA, Martin, *“Dieselgate” and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in Austria*, in *EuCML*, Vol. 6, Issue 1, 2017

L. SHAPIRO, David, *Class Actions: The Class as Party and Client*, in *Notre Dame Law Review*, Vol. 73, 4, 1999

LEBRE DE FREITAS, José e ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 1.º, 4.ª edição, Almedina, 2018

LEBRE DE FREITAS, José,

_____ *A acção popular ao serviço do ambiente, in LUSÍADA, Rev. C.C., Série de Direito, n.º Especial, 1996*

_____ *A acção popular do direito português, in Sub Judice, n.º 23, 2003*

_____ *Introdução ao Processo Civil, 4.ª edição, GestLegal, Coimbra, 2017*

LEWIS, Kevin M., FREEMAN, Wilson C, *Class Action Lawsuits: A Legal Overview for the 115th Congress*, Congressional Research Service, 2018, disponível em www.crs.gov (último acesso a 10 de Maio de 2020)

LIGNAU DA SILVEIRA, Luis, *A acção popular, BMJ, n.º 448, 1995*

LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Um processo sin interesados. Colectivización de la tutela: «opt-out» y procesos modelo, in Las Transformaciones del Proceso Civil*, HERRERO PEREZAGUA, Juan F., et. al., (dir.), Thomson Reuters: ARANZADI, 2016

LYN BASSETT, Debra, *Constructing Class Action Reality, in BYU Law Review, Vol. 2006, n.º 6, 2006*

LYON, Jason, *Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation, in UCLA Law Review, Vol. 571, 2010*

LYUBCHENCO, Ya. Maxim, *Mechanism if the procedural law globalization or 29-th regime of procedural law in european community*, disponível em https://www.academia.edu/20914209/Mechanism_of_the_procedural_law_globalization_or_29-th_regime_of_procedural_law_in_European_community (último acesso a 27 de Abril de 2020)

MAGGIO, Ida Carlo, *Recenti sviluppi della tutela collettiva nel diritto processuale europeo, in RDP, n.º 4-5, Anno LXXII, Luglio-Ottobre 2017*

MARCOS, Francisco, *¿Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitária destinada a incentivar las acciones de daños por cartel? Uma mirada a la experiencia española*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2025887> (último acesso a 3 de Janeiro de 2020)

MARINUCCI, Elena, *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, in *RDP*, aNNO lx, N.º 1, 2005

MARQUES ANTUNES, Nuno Sérgio, *O direito de ação popular no contencioso administrativo português*, LEX, Lisboa, 1997

MARTÍN PASTOR, José,

_____ *La tutela de los intereses colectivos de los consumidores em España y em la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación*, in *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil*, ORTELLS RAMOS, Manuel, *et. al.* (coord.) Thomson Reuters: ARANZADI, 2019

_____ *Las técnicas de reparación judicial colectiva em el processo civil. De las incipientes acciones colectivas a la tradicional acumulación de acciones*, tirant to blach, Valencia, 2019

MARTÍNEZ SANTOS, Antonio, *Eficacia trasfronteriza de las resoluciones recaídas como consecuencia del ejercicio de acciones colectivas y de las transacciones alcanzadas em procesos colectivos*, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, *et. al.* (coord.), Marcial Pons, 2018

MARTINS, PAYAM, António, *Class Actions em Portugal*, Edições Cosmos, Lisboa, 1999

MILLER, Arthur R., *The American Class Action From Birth to Maturity*, in *TIL*, Vol. 19, Issue, 2018

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5.º edição, Coimbra Editora, 2014

MONTERO AROCA, Juan, *La legitimación em el Proceso Civil*, Editorial Civitas, 1994

MONTESINOS GARCÍA, Ana,

_____ *Últimas tendências em la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas de ADR*, in *REDUR*, n.º 12, 2015

_____ *La Tutela extrajudicial de los derechos e intereses colectivos*, *InDret*, Vol. 3, 2018

_____ *Las acciones colectivas en el marco de un arbitraje*, tirant to blach, Valencia, 2019

MOTA PINTO, Carlos Alberto, 4.^a edição por PINTO MONTEIRO, António e MOTA PINTO, Paulo, Coimbra Editora, 2012

MULHERON, Rachael,

_____ *Costs shifting, security for costs, and class actions: Lessons from elsewhere*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1616302 (último acesso a 6 de Junho de 2020)

_____ *The Class Action in Common Law Systems: A Comparative Perspective*, HART Publishing, 2004

_____ *Recent United Kingdom and French Reforms of Class Actions: An Unfinished Journey, in Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva, et. al. (ed.), BIICL, London, 2015

MULLENIX, Linda S.,

_____ *Competing Values: Preserving Litigant Autonomy in Age of Collective Redress*, in *DePaul L. Rev.*, Vol. 64, Issue 2, 2014

_____ *Ending class actions as we know them: rethinking the American class action*, in *Emory Law Journal*, Vol. 64, 399, 2014

MUSSO, Bruno Spagna e MANFREDONIA, Massimo, *L'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi plurimi: rimedi inibitori, rimedi risarcitori, técnica legislativa*, in *Gius. Ins.*, n.º 1, 2010

NAGY, Csongor István,

_____ *Comparative collective redress from a law and economics perspective: Without risk there is no reward*, in *CJEL*, Vol. 19, n.º 3, 2013

_____ *Collective Actions in Europe. A Comparative, Economic and Transsystemic Analysis*, SpringerOpen, 2019

_____ *The Reception of Collective Actions in Europe: Reconstructing the Mental Process of a Legal Transplantation*, in *JDR*, Vol. 2020, Issue 2, 2020

NEMETH, Kristin e MORAIS CARVALHO, Jorge, *Dieseldate and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in the European Union*”, in *EuCML*, Vol. 6, Issue 1, 2017

NEMETH, Kristin e MORAIS CARVALHO, Jorge, *Dieseldate and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in the European Union*”, in *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 6, Issue 1, 2017

NEVES RIBEIRO, António da Costa, “O Estado nos Tribunais”, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 1994

NOWAK, Janek Tomasz, *The New Belgian Law on Consumer Collective Redress and Compliance with EU Law Requirements*, in *Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva, et. al. (ed.), BIICL, 2015

OLIVA SANTOS, Andrés de la, DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime, BANACLOCHE PALAO, Julio,

_____ *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson Civitas, 2001

_____ *Curso de Derecho Procesal I. Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 4.ª Edição, 2019

OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. I, Coimbra Editora, 1997

OLIVEIRA PAIS, Sofia, *Private Antitrust Enforcement: A New Era for Collective Redress?*, , in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 8, 12, 2015

ONANDIA CAÑAS, Ignacio, *La acción colectiva em la Unión Europea: Es posible encarjalar em el reglamento de bruselas I BIS?*, in *RJUAM*, n.º 39, 2019

ORTELLS RAMOS, Manuel, *Tutela colectiva y petición colectiva de tutelas individuales conexas em el processo civil español. Las normas y su aplicación*, in *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil*, Thomson Reuters: ARANZADI, 2019

OTERO, Paulo, *A Acção Popular: configuração e valor no actual Direito português*, in *Sep. Rev. O.A.*, ano 59, 1999

PAILLI, Giacomo, *Global deterrence of wrongful behaviors: The quest for a single forum in cross-border consumer's disputes*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276573 (último acesso a 12 de Março de 2020)

PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto, *Direito Processual Civil*, 15.ª edição, Almedina, 2019

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, PAIS DE VASCONCELOS, Pedro Leitão, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2019

PARDOSELI, Paolo e PARDOSELI, Roberto, *La (azione di) classe non è acqua*, in *Il Foro It.*, Anno CXLIV, n.º 9, 2019

PARDOSELI, Roberto, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e responsabilità*, n.º 3, Ano XXIV, 2019

PASSINHAS, Sandra, *O caso Volkswagen – A proteção do comprador*, in *Rev. Dir. Com.*, n.º 1, 2017

PATO, Alexia, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress*, Hart Publishing, 2019

PAZ, Margarida, *Entre as Bases da Política do Ambiente e a Acção Popular: a legitimidade do Ministério Público na defesa dos interesses difusos*, in *RMP*, n.º 152, Out.- Dez. 2017

PEGADO LIZ, J., *Acção popular: Desenvolvimentos recentes em Portugal*, in *RPDC*, n.º 16, 1998

PERARO, Cinzia, *Cross-border Collective Redress and the Jurisdictional Regime: Horizontal vs Sectoral Approach*, in *Papers di Diritto Europeo*, n.º 2, Centro di documentazione europea, Università degli Studi di Verona, 2010

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea,

_____ *Las «acciones colectivas» en el ordenamiento jurídico español. Um estúdio comparado*, tirant to blanch, Valencia, 2014

_____ *La consecución de la tutela judicial efectiva em la litigación colectiva*, in *InDret*, n.º 4, 2015

_____ *Acciones Colectivas y salud*, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, et. al. (coord.), Marcial Pons, 2018

POISSON, Erwan e LE DRÉAU, Constance Ascione, *France*, in *TCALR*, SWALLOW, Richard, et. al. (ed.), Law Business Research, 2017

POLI, Roberto, *Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*, in *RDP*, Anno LXVII, n.º 1, 2012

PONZANELLI, Giulio, *La nuova class action*, in *DR*, n.º 3, Ano XXIV, 2019

PUNZI, Carmine, *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *RDP*, n.º 2, Anno LXV

RAJA, Mira, LOMAS, Paul, *A Lawyer's Perspective*, in *Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva et. al (ed.), BIICL, London, 2015

RAMOS, Maria Elisabete, *Private Enforcement and Opt-out System Risks, Rewards and Legal Safeguards*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 11, 18, 2018

RIEHM, Thomas e LINDNET, Lukas, “Diesalgate” and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in Germany, in *EuCML*, Vol. 6, 1, 2017

RODRIGUES, Fernando Pereira, *Noções Fundamentais de Processo Civil*, Almedina, 2015

ROSALES ÁNCHEZ, Juan José, *Introducción a las acciones colectivas*, in *Acciones colectivas: reflexiones desde la judicatura*, CASTILLO GONZÁLEZ, et. al. (coord.), Editora Poder Judicial de la Federación, 2013

ROSENBERG, David, *Individual Justice and collectivizing risk-based claims in mass-exposure cases*, *NYLR*, Vol. 71, 1, 1996

RUIZ-PEINADO, Francisco Romero de Ávila, *Spanish Antitrust Private Enforcement: Enhancing consumer collective Redress*, in *Working Paper IE Law School*, AJ8-229-I, 2016

RUSSEL, Tiana Leia, *Exporting class actions to the European Union*, in *BUILJ*, Vol. 28, Issue 1, 2010

SAHIN, Eda, *Collective Redress and EU Competition Law*, Routledge, London and New York, 2019

SÁNCHEZ POZOS, Elba, *Cuestiones relativas a los representantes de la clase*, in *Acciones colectivas: Reflexiones desde la judicatura*, GONZÁLEZ CASTILLO, Leonel, et. al. (coord.), Instituto de la Judicatura Federal: Escuela Judicial, 2013

SÁNCHEZ-RIVERA, Pedro, *La financiación de las acciones colectivas y la Third Party Funding. Especial referencia de la experiencia en Australia y Estados Unidos*, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, et. al. (coord.), Marcial Pons, 2018

SANDE MAYO, María de Jesús,

_____ *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, Thomson Reuters: Aranzadi, 2018

_____ *La configuración de los procesos colectivos sobre um modelo mixto de opt-in e opt-out*, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, et. al. (coord.), Marcial Pons, 2018

SANTAGELI, Fabio e PARISI, Pierpaolo, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all' art. 140-bis cod. Cons.*, in www.judicium.it (último acceso a 10 de maio de 2020)

SANTOS SILVA, F. Nicolau, *Os interesses supra-individuais e a legitimidade processual civil activa*, Quid Juris, 2008

SANTOS, Antonio Martínez, *Eficacia trasnfronteiriza de las resoluciones recaídas como consecuencia del ejercicio de acciones colectivas y de las transacciones alcanzadas em processos colectivos*, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, ARMENTA DEU, Teresa, et. al. (coord.), Marcial Pons, 2018

SCARCHILLO, Gianluca, *Class Action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019

SCHERER, Maxi, GOLDSMITH, Aren e FLÉCHET, Camille, *Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Funders' Perspectives*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2348737> (último acceso a 26 de Agosto de 2020)

SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, 1995

SILVER, C., *We're scared to death: class certification and blackmail*, in *NYUR*, Vol. 78, n.º 4, 2003

SILVESTRE, Elisabetta, *Towards a common Framework of collective redress in Europe? An update on the latest initiatives of the European Commission*, in *Rus. L. J.*, Vol. 1, Issue 1, 2013

SMITH, Vicent, *The Effect of EU Public Enforcement Proceedings on Collective ADR*, in *Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva, et. al. (ed.), BIICL, 2015

STADLER, Astrid, *European Developments in Collective Redress*, in *EuCML*, Vol. 2, 2014

STRONG, S.I., *Implicit Consent and Unanticipated Risk in Class, Mass and Collective Arbitration*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2848012> (último acesso a 28 de Março de 2020)

T. FITZPATRICK, Brian, *Do class action lawyers make too little?*, disponível em http://ssrn.com/abstract_id=1656082

TANG, Zheng Sophia, *Consumer collective redress in Europe private international law*, in *JPIL*, Vol. 7, 2012, p. 101

TARUFFO, Michele, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *RTDPC*, Anno LXV, n.º 1, 2011

TEODIOLI, Francesco,

_____ *La class action alla italiana: alcuni spunti critici in attesa del preannunciato intervento di restyling*, in *Obbligazioni i Contratti*, fasc. 10, 2008

_____ *Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice de procedura civile*, in *SI*, n.º 12, Ano XXV, 2019

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel,

_____ *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, *Lex*, 2003

_____ *A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Direito Português*, in *EDC*, n.º6, 2004

_____ *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, *LEX*, 1995

TRUSZ, Jennifer A., *Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration*, in *The Georgetown Law Journal*, Vol. 101, 2013

TULIBACKA, Magdalena, *Collective Consumer ADR in the European Union*, in *Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva, et. al. (ed.), BIICL, 2015

VALE E REIS, Rafael, *Collective Redress and Health Care Law: The Specific Characteristics of Group Compensation under Portuguese Law*, in *Collective Redress in Europe – Why and How?*, LEIN, Eva, et. al. (ed.), BIICL, London, 2015

VÄLIMÄKI, Mikko, *Introducing Class Action in Finland – an Example of Lawmaking without Economic Analysis*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1261623 (último acesso a 12 de Maio de 2020)

VAN BOOM, Willem e LOOS, Marco, *Effective Enforcement of Consumer Law in Europe: Synchronizing Private, Public, and Collective Mechanisms*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1082913> (último acesso a 13 de Abril de 2020)

VAN DER BERGH, Roger e VISSCHER, Loius, *The preventive function of collective actions for damages in consumer law*, in *ELR*, Vol. 1, Issue 2, 2008

VAN DER HEIJDEN, M. J., *Class Actions/Les actions collectives*, in *E.J. Comp. L.*, Vol. 143

VELJANOVSKI, Cento, *Third Party Litigation Funding in Europe*, in *JLEP*, Vol. 8, 2012

VIITANEN, Klaus, *Collective Litigation in Finland*, disponível em <http://globalclassactions.stanford.edu/content/collective-litigation-finland-2007> (último acesso a 12 de Maio de 2020)

VOET, Stefaan,

_____ *Cultural Dimensions of Group Litigation: The Belgian case*, in *GJICL*, Vol. 41, Issue 2, 2013

_____ *European Collective Redress: A Status Quaestionis*, in *International Journal of Procedural Law*, Vol. 4, 2014

_____ *Belgium's New Consumer Class Action*, in *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mouses?*, HARSAGI, V., et. al. (ed.), Antwerp, Intersentia, 2014

_____ *Consumer Collective Redress in Belgium: Class Actions to the Rescue?*, in *European Business Organization Law Review*, Vol. 16, Issue 1, 2015

_____ *The Crux of the Matter: Funding and Financing Collective Redress Mechanisms*, Forthcoming in X., *EU Civil Justice: Current Issues and Future Outlook*, series *Swedish Studies in European Law*, Hart Publishing, 2015

_____ *The Implementation of the Consumer ADR Directive in Belgium*, in *The Transformation of Consumer Dispute Resolution in the European Union: A Renewed Approach to Consumer Protection*, CORTES, P., et. al. (ed.), Oxford University Press, 2016

_____ *'Where the wild things are'- Reflections on the State and Future of European Collective Redress*, in *Waves in Contract and Liability Law in Three Decades of Ius Commune*, KEIRSE, Anne L.M., et. al. (ed.), Intersentia, Oxford, 2017

WALKER, Janet, *Who's Afraid of U.S. - Style Class Actions*, in *SJIL*, Vol. 18, 2011

WARDHAUGH, Bruce, *Bogeymen, lunatics and fanatics: collective actions and private enforcement of European competition law*, in *LG*, Vol. 34, n.º1, 2014

WARREN G., Manning, *The Prospects for Convergence in Collective Redress Remedies in the European Union*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2458492 (último acesso a 15 de Agosto de 2020)

WATANABE, K., *Acciones colectivas: cuidados necessários para la correcta fijación del objeto litigioso del processo*, in *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, GIDI, Antonio, et. al., (coord.), Porrúa, 2003

WAYE, Vicki e MORABITO, Vince, *Collective forms of consumer redress: financial ombudsman service case study*, in *JCLS*, Vol. 12, I, 2012

WEGMAN BURNS, Jean, *Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions*, in *HLJ*, Vol. 42, 1, 1990

ZAJC, Katarina, *Collective Redress in EU: Can pitfalls of US class actions be avoided? At What Cost?*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2675050> (último acesso a 10 de Maio de 2020)

ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo Coletivo, Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*, 5ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2011