



S. R.

TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE SANTARÉM Ministério Público

I

Antecedentes da Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/11/2014, JO, L 349/1 e ss, de 05/12/2014:

1. Livro Verde (2005): Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust¹;
2. Comissão Europeia (2005) “*Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper*”. SEC(2005) 1732.
3. Livro Branco (2008): Ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust².
4. Comissão Europeia (2008) “*Commission Staff Working Paper Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*”. SEC(2008) 404.
5. Livro Verde (2008): Tutela coletiva dos consumidores de 27/11/2008, COM (2008) 794 final.
6. Consulta pública (2011): Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva.
7. Resolução do PE (2012): Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva³.
8. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões «Rumo a um quadro jurídico horizontal europeu para a tutela coletiva»⁴.
9. Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013 sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União (2013/396/UE).
10. Proposta de Diretiva do PE e do Conselho, COM/2013/0404 final/2.

II

A Diretiva

De acordo como o art. 1º, 1 da Diretiva 2014/104/EU *private enforcement*⁵ «A presente diretiva estabelece certas regras necessárias para assegurar que quem sofra danos causados por uma infração ao direito da concorrência por uma empresa ou associação de empresas possa exercer efetivamente⁶ o direito a pedir a reparação integral desses danos por essa empresa ou associação. A

¹ LIVRO VERDE sobre as “Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust”, publicado pela Comissão das Comunidades Europeias, a 19 de dezembro de 2005 (Bruxelas), http://eur-lex.europa.eu/legal_content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&rid=1.

² COM(2008) 165, 2/Abril de 2008.

³ Resolução do Parlamento Europeu, de 2 de fevereiro de 2012, sobre «Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva» (2011/2089(INI)).

⁴ COM/2013/0401 final [52013DC0401].

⁵ O Senhor Professor Sérvulo Correia definiu o termo “enforcement”, quando empregue no contexto das regras do direito da concorrência, como sendo o equivalente em português ao termo “aplicação impositiva”, cfr. *The effectiveness and limitations of the Portuguese system of competition law enforcement by administrative and civil procedural means*, in *Competition Law and Economics, Advances in competition Policy Enforcement in the EU and North America*, Edward Elgar, 2010.

⁶ Princípio da efetividade, segundo o qual as regras nacionais que regem o exercício do direito à reparação dos danos causados por infração aos artigos 101º e 102 do TFUE «(...) não deverão ser



S. R.

TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE SANTARÉM

Ministério Público

presente diretiva estabelece regras que fomentam a concorrência não falseada no mercado interno e eliminam os obstáculos ao seu bom funcionamento, assegurando uma proteção equivalente⁷ em toda a União para as pessoas que sofram tais danos».

Como refere o considerando (3) da Diretiva, «A plena eficácia dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e, em especial, o efeito prático das proibições neles estabelecidas pressupõem que qualquer pessoa, incluindo consumidores e empresas, ou autoridade pública possam pedir reparação junto dos tribunais nacionais pelos danos sofridos em virtude de uma violação de tais disposições. O direito à reparação garantido pelo direito da União aplica-se igualmente às infrações aos artigos 101º e 102º do TFUE por empresas públicas e empresas às quais os Estados-Membros concedam direitos especiais ou exclusivos, na aceção do artigo 106º do TFUE». O considerando (13) da mesma Diretiva *sublinha que* «O direito à reparação é reconhecido a qualquer pessoa singular ou coletiva — consumidores, empresas e autoridades públicas, sem distinção —, independentemente de existir uma relação contratual direta com a empresa infratora e de ser previamente declarada a infração por uma autoridade da concorrência⁸. (...) Sem prejuízo da reparação por perda de oportunidade, a reparação integral nos termos da presente diretiva não deverá conduzir a reparação excessiva, por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou outras».

III

A proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement

A proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement, de 20/04/2016, apresentada pela AdC, prevê que passe a pertencer à competência do TCRS o julgamento das ações de indemnização cujo pedido tenha como fundamento exclusivo as infrações aos direito da concorrência, as quais são, de acordo com o disposto no art. 2º, j) da proposta de anteprojeto, a violação às normas dos artigos 9º, 10º, 11º e 12º da Lei 19/2012, de 08/05 ou às normas dos artigos 101º e 102º do TFUE. Serão também da competência do TCRS as ações destinadas ao exercício do direito de regresso entre co-infratores, bem como o pedido de acesso a meios de prova relativos a tais ações⁹.

Competirá ainda ao TCRS julgar as ações de declaração de nulidade que tenham como causa de pedir exclusiva as infrações aos direito da concorrência, ou seja, todas as ações civis em matéria de concorrência – cfr. a nova redação proposta para o art. 112º da Lei 62/2013, de 26/08 (Lei da Organização do Sistema Judiciário).

IV

O art. 19º da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement¹⁰

formuladas ou aplicadas de forma que torne excessivamente difícil ou praticamente impossível o exercício do direito à reparação garantido pelo TFUE» - v. considerando (11); v. art. 4º da Diretiva.

⁷ Princípio da equivalência, segundo o qual as regras nacionais que regem o exercício do direito à reparação dos danos causados por infração aos artigos 101º e 102º do TFUE não deverão ser aplicadas de forma menos favorável do que as regras aplicáveis às ações nacionais análogas - v. o mesmo considerando (11); v. art. 4º da Diretiva.

⁸ Uma referência à possibilidade de serem intentadas ações de responsabilidade civil pela prática das infrações previstas pelos artigos 101º e 102º do TFUE por via de ações de seguimento “follow-on” ou por via de ações “stand-alone”.

⁹ A Diretiva não se aplica a infrações puramente nacionais, isto é, àquelas que não são suscetíveis de afetar o comércio transfronteiriço e às quais não se aplicam, por isso, os artigos 101.º e 102.º do TFUE. Porém, a proposta de anteprojeto estende o âmbito de aplicação das normas da Diretiva no sentido de o diploma que resultar da sua transposição se aplicar igualmente às infrações puramente nacionais – cfr. os pontos 5. e 6. da exposição de motivos.

¹⁰ A escassez de tempo obriga a que me atenha ao papel do MP nas ações de *private enforcement* tal como previsto no anteprojeto.



S. R.

TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE SANTARÉM

Ministério Público

1. O art. 19º da proposta de anteprojeto de transposição lança um novo e renovado desafio ao Ministério Público em matéria civil do direito da concorrência, ao fazer uma clara remissão para o regime da ação popular (LAP) regulado na Lei 83/95, de 31/08. Apesar do regime generoso da LAP, sem paralelo com qualquer outro no plano europeu, fruto da inspiração do legislador nacional no sistema de “opt-out” característico das *class actions* do direito norte-americano, ainda assim tem sido relativamente tímida a utilização da *actio popularis*, mesmo numa perspetiva estritamente privada¹¹.

2. Face à opção que consta do art. 19º da proposta de anteprojeto, importará agora clarificar a atuação do MP em matéria civil da concorrência, enquanto órgão competente para a defesa da “legalidade democrática” – art. 219º, nº 1 da CRP. Na verdade, através do DL 214-G/2015, de 02/10, o legislador atribuiu ao MP, por via da norma do art. 16º da LAP, uma ampla “*legitimidade ativa e dos poderes de representação e de intervenção processual que lhe são conferidos por lei*”, leia-se conferidos pela futura lei nacional que irá transpor a Diretiva private enforcement. Na concretização do desígnio constitucional ditado pela norma do art. 52º, nº 3 da CRP, o MP estará doravante confrontado com a necessidade de defesa da concorrência no plano civil com vista ao ressarcimento dos danos causados por práticas anticoncorrencias.

3. Pessoalmente, creio que o MP não se poderá furtar a intervir *em nome próprio* para defesa dos interesses públicos quando esteja em causa a ofensa destes, perspetivada esta como o *bem público* da concorrência - interesses difusos na sua “dimensão supra individual”¹². Menos evidente é contudo a possibilidade de o MP intervir para defender direitos subjetivos de ordem privada, atuando em representação de uma pluralidade de interesses individuais sobre bens exclusivos repartidos por cada um dos respetivos titulares prejudicados com o dano da concorrência¹³.

¹¹ Cfr. Private enforcement of competition law in Portugal. Virtues and shortcomings of the action popularis, Leonor Rossi e Miguel Ferro, Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, “A aplicação das regras da concorrência em Itália e na UE”. Cfr. ainda o ponto 67. da exposição de motivos.

¹² Cfr. Sousa, Miguel Teixeira de Sousa, A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos, Lisboa, Lex, 2003, pp 30 e 31.

¹³ Sobre a distinção entre interesses difusos *lato sensu*, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos, cfr. o Autor e obra citados, pp 49 a 55. A propósito dos interesses legalmente protegidos, o Sr. Prof. Paulo Otero distingue entre *interesses individuais ou individualizáveis* (sempre que passíveis de subjetivação ou apropriação individual da respetiva titularidade) dos *interesses difusos* que diferentemente «representam a subjetivação não individualizada ou não individualizável de interesses públicos ou de necessidades comuns da sociedade que são passíveis de satisfação coletiva através de bens indivisíveis e insuscetíveis de apropriação individual-interesses de todos e de cada um» - cfr. Manual de Direito Administrativo, Almedina, 2016, p. 249 e ss.

Um outro Autor configura o interesse coletivo como a «comunidade genericamente organizada cujos membros são identificáveis mas sem que essa organização se processe em termos de pessoa coletiva» e o *interesse difuso* «reporta-se a um grupo inorgânico de pessoas cuja composição é em cada momento ocasional e por isso não permite a identificação prévia dos respetivos titulares» – José Lebre de Freitas, “A Acção popular ao serviço do ambiente”, *Ab vno ad omnes*, Coimbra Editora, 1998, p. 799.



S. R.

TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE SANTARÉM

Ministério Público

3.1. De realçar que o considerando (13) da Diretiva torna claro que os EM não estão obrigados a introduzir mecanismos de tutela coletiva «A presente diretiva não deverá obrigar os Estados-Membros a introduzirem mecanismos de tutela coletiva para efeitos da aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE».

3.2. O ponto 68. da exposição de motivos apresentada pela AdC é omissivo quanto à razão de ser da legitimidade do MP para intentar ações de responsabilidade civil para ressarcimento de danos provocados por infrações às regras da concorrência, por via da remissão operada pelo art. 19º do anteprojeto para o art. 16º da LAP: «(...) Com o intuito de facilitar a compensação de danos sofridos por consumidores ou empresas (e.g. pequenas e médias empresas) por infrações ao direito da concorrência de que tenham sido vítimas, propõe-se a criação de algumas regras específicas de ordem prática, tendo em vista facilitar a exequibilidade das ações populares de concorrência em regime “opt-out” (artigo 19.º). Estas regras que em parte são inspiradas em algumas soluções já existentes no ordenamento português no domínio dos valores mobiliários respeitam essencialmente à identificação dos lesados, à quantificação dos danos e à receção, gestão e pagamento das indemnizações». Ao referir-se aos valores mobiliários, pode mesmo afirmar-se que a intervenção do MP não foi perspetivada pela proposta de anteprojeto como uma *ação pública*, como resulta da norma do art. 31º do CvM sob a epígrafe “ação popular”: «1 - Gozam do direito de acção popular para a protecção de interesses individuais homogêneos ou colectivos dos investidores não qualificados em instrumentos financeiros: a) Os investidores não qualificados; b) As associações de defesa dos investidores que reúnam os requisitos previstos no artigo seguinte; c) As fundações que tenham por fim a protecção dos investidores em instrumentos financeiros. 2 - A sentença condenatória deve indicar a entidade encarregada da recepção e gestão das indemnizações devidas a titulares não individualmente identificados, recaindo a designação, conforme as circunstâncias, em fundo de garantia, associação de defesa dos investidores ou um ou vários titulares de indemnização identificados na acção. 3 - As indemnizações que não sejam pagas em consequência de prescrição ou de impossibilidade de identificação dos respectivos titulares revertem para: a) O fundo de garantia relacionado com a actividade em que se insere o facto gerador da indemnização; b) Não existindo o fundo de garantia referido na alínea anterior, o sistema de indemnização dos investidores».

3.3. Importa relembrar que a *ação popular é uma forma de alargamento da legitimidade processual, é um pressuposto processual, não um meio processual autónomo*¹⁴. Além disso, «A legitimidade popular é diferente da legitimidade processual tradicional, não só porque o autor popular representa todos os titulares do interesse difuso, mas também porque esse autor pode não ter qualquer interesse pessoal em demandar»¹⁵. Por outro lado, segundo o Sr. Prof. Lebre de Freitas, loc. cit., a proteção dos interesses coletivos e difusos (ainda particulares embora generalizados e a meio caminho dos interesses públicos) faz apelo a uma *conceção objetiva* do direito, afastada por isso das teses da representação e da substituição, acolhida, segundo este Autor, pela norma do art. 32º, nº 2 do DL 446/85, de 25/10, na redação do DL 220/95, de 31/08: regime do caso julgado *secundum eventum litis* – o caso julgado favorável aproveita ao terceiro; o caso julgado desfavorável é-lhe inoponível (v. p. 802).

¹⁴ Cfr. Canotilho, J.J. e Moreira, Vital, CRP anotada, 3ª edição, Coimbra Editora, 1993, p. 281: «A acção popular traduz-se, por definição, num *alargamento da legitimidade processual activa a todos os cidadãos*, independentemente do seu interesse individual ou da sua relação específica com os bens ou interesses em causa».

¹⁵ Cfr. Sousa, Miguel Teixeira de Sousa, *op. cit.*, p. 285.



TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE SANTARÉM

Ministério Público

3.4. Como refere o constitucionalista brasileiro¹⁶ Alexandre de Moraes, «A *ação popular*, enquanto instrumento de exercício de soberania popular (CF, arts. 1º e 14º), *pertence ao cidadão*, que em face de expressa previsão constitucional teve a sua legitimação ordinária ampliada, e, *em nome próprio e na defesa do seu próprio direito (...)*»¹⁷. E mais adiante refere este Autor que o MP, enquanto instituição, não possui legitimação para o ingresso de ação popular, porém, como parte pública autónoma é incumbido de zelar pela regularidade do processo e (...) manifestando-se, em relação ao mérito, com total independência funcional»¹⁸. A ação popular foi prevista pela primeira vez no direito brasileiro na Constituição de 1934, abolida em 1937 e retomada em 1946 mas sem ser mencionada como tal¹⁹ [sublinhado e itálico meus].

O art. 129, III da CFB ampliou o rol previsto no art. 1º, inciso IV, da Lei Federal nº 7347/85 (Lei da *ação civil pública*) para incluir a defesa por meio de ação pública de *interesses transindividuais*, possibilitando a responsabilidade por prejuízos causados aos interesses nela expressamente previstos, mas também quaisquer outros de natureza *difusa ou coletiva*, sem prejuízo da ação popular. A Lei da ação civil é de natureza essencialmente processual, *conferida ao Ministério Público*²⁰ para controlo popular dos poderes públicos que disciplina os aspetos processuais da tutela dos *interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*²¹. Segundo a citada Srª Profª da Universidade de S. Paulo, Maria di Pietro, «A ação civil pública não constitui, a rigor, meio específico de controle da Administração Pública (...) e como ela tem como legitimado passivo *todo aquele que causar dano a algum interesse difuso*, poderá eventualmente ser proposta contra o próprio Poder Público quando ele for o responsável pelo dano»²² [sublinhado e itálico meus].

3.5. Além da já citada norma do art. 31º do CvM, vejamos então algumas das principais normas do sistema jurídico nacional que poderão ajudar a compreender o alcance do art. 16º da LAP para a qual remete o art. 9º do anteprojeto:

- **Art. 52º, nº 3 da CRP:** «É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para: a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos

¹⁶ A referência ao direito constitucional e administrativo brasileiro é incontornável fruto da existência de uma lei de ação popular que remonta a 1965 (Lei 4717/65) à jurisprudência e doutrina que sobre a mesma foi sendo produzida ao longo do tempo, sendo rico o seu contributo na configuração das chamadas ações coletivas. É também manifesta a inspiração nacional naquele modelo sul americano.

¹⁷ Cfr. o seu *Direito Constitucional*, Editora Atlas, São Paulo, 29ª edição, 2013, p. 193.

¹⁸ Idem, p. 194.

¹⁹ Cfr. Pietro, Maria Sylvia Zanella di, *Direito Administrativo*, Editora Atlas, São Paulo, 26ª edição, 2013, p. 868.

²⁰ Mas não exclusivamente. Segundo o ordenamento brasileiro esta ação pode ser proposta ainda pela Defensoria Pública, pela União, pelos Estados da União, pelos Municípios, pelas autarquias, pelas empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações constituídas há pelo menos um ano e incluem entre as suas finalidades a proteção do ambiente, do consumidor, de ordem económica, livre concorrência, património ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo – cfr. Maria Di Pietro cit., pp 879/880 e Gilmar Ferreira Mendes/Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito Constitucional*, Editora Saraiva, S. Paulo, 10ª edição, 2015, pp 452/453.

²¹ Idem, pp 380 e 381.

²² Op. cit.p. 878.



TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE SANTARÉM

Ministério Público

consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural; b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias.»

- **Art. 3º, nº 1, e) do Estatuto do Ministério Público:** «Compete especialmente ao Ministério Público assumir, nos casos previstos na lei, a defesa de interesses colectivos e difusos» [MP *age em nome próprio*]. Vide arts. 4º, a) e 5º, e) do EMP.

- **Art. 24º do nCPC:**

«1- O Estado é representado pelo Ministério Público, sem prejuízo dos casos em que a lei especialmente permita o patrocínio por mandatário judicial próprio, cessando a intervenção principal do Ministério Público logo que este esteja constituído.

2- Se a causa tiver por objeto bens ou direitos do Estado, mas que estejam na administração ou fruição de entidades autónomas, podem estas constituir advogado que intervenha no processo juntamente com o Ministério Público, para o que são citadas quando o Estado seja réu; havendo divergências entre o Ministério Público e o advogado, prevalece a orientação daquele».

- **Art. 51º do ETAF:** «Compete Ministério Público representar o Estado, defender a legalidade democrática e promover a realização do interesse público, exercendo, para o efeito, os poderes que a lei lhe confere». [MP *age em representação* só em contencioso do Estado; *age em nome próprio* na defesa da legalidade e na promoção e realização do interesse público].

- **Art. 9º, nº 2 do CPTA:** «Independentemente de ter interesse pessoal na demanda, qualquer pessoa, bem como as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público têm legitimidade para propor e intervir, nos termos previstos na lei, em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais, assim como para promover a execução das correspondentes decisões jurisdicionais». [competência principal do MP – *age em nome próprio*].

- **Art. 85º do CPTA** [competência acessória do MP – *age em nome próprio*]:

«1- No momento da citação dos demandados, é fornecida cópia da petição e dos documentos que a instruem ao Ministério Público, salvo nos processos em que este figure como autor.

2 - Em função dos elementos que possa coligir e daqueles que venham a ser carreados para o processo, o Ministério Público pode pronunciar-se sobre o mérito da causa, em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, de interesses públicos especialmente relevantes ou de algum dos valores ou bens referidos no n.º 2 do artigo 9.º

3 - Nos processos impugnatórios, o Ministério Público pode invocar causas de invalidade diversas das que tenham sido arguidas na petição inicial e solicitar a realização de diligências instrutórias para a respetiva prova.

4 - Os poderes de intervenção previstos nos números anteriores podem ser exercidos até 30 dias após a notificação da junção do processo administrativo aos autos ou, não tendo esta lugar, da apresentação da última contestação, disso sendo, de imediato, notificadas as partes para se pronunciarem.

5 - Sendo utilizada a faculdade prevista na parte final do n.º 3: a) Caso as diligências instrutórias requeridas devam ser realizadas em audiência final, nos termos do n.º 1 do artigo 91.º, o Ministério Público é notificado para intervir nas mesmas; b) Caso as diligências instrutórias requeridas não devam ser realizadas em audiência final, o Ministério Público é notificado para alegar, nos termos do artigo 91.º-A».



S. R.

TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE SANTARÉM

Ministério Público

- **Art. 180º, nº 1 do CPTA:** «Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de»: b) «Questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas.»
- **Art. 21º, nº 1, n) da Lei 3/2004, de 15/01 (Lei-Quadro dos Institutos Públicos):**
«Compete ao conselho diretivo, no âmbito da orientação e gestão do instituto constituir mandatários do instituto, em juízo e fora dele, incluindo o poder de substabelecer».
- **Art. 21º, nº 4 *idem*:** «Sem prejuízo do disposto na alínea n) do nº 1, o conselho diretivo *pode sempre optar por solicitar* o apoio e a representação em juízo por parte do Ministério Público, ao qual competirá, nesse caso, defender os interesses do instituto».
- **Art. 13º da Lei 24/96, de 31/07 (Lei de defesa do Consumidor):** «Têm legitimidade para intentar as ações previstas nos artigos anteriores; c) O Ministério Público e a Direção-Geral do Consumidor quando estejam em causa *interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos*.
- **Art. 20º *idem*:** «Incumbe também ao Ministério Público a defesa dos consumidores no âmbito da presente lei e no quadro das respetivas competências, intervindo em ações administrativas e cíveis tendentes à tutela dos *interesses individuais homogêneos*, bem como de *interesses coletivos ou difusos dos consumidores*».
- **Art. 4º, nº 1 da Lei 25/2004, de 08/07 (Ações inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores)** que transpôs a Diretiva 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio): «O exercício transnacional do direito de acção a que se refere o artigo 2.º pelas entidades portuguesas que, nos termos previstos na lei, têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares está dependente de inscrição em lista disponível no Instituto do Consumidor.»
- **Art. 5º, nº 5, *idem*:** «O Ministério Público e o Instituto do Consumidor constarão da lista a que se refere o artigo anterior por direito próprio e sem dependência de requerimento de inscrição».
- **Art. 26º, nº 1 do DL n.º 446/85, de 25/10 (Cláusulas contratuais gerais):** «A acção destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais só pode ser intentada:
c) Pelo Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado. 2 - As entidades referidas no número anterior actuam no processo *em nome próprio*, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada».
- **Art. 14º da Lei n.º 83/95, de 31/08 (Direito de participação procedimental e de acção popular):** «Nos processos de acção popular, o autor representa por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão previsto no artigo seguinte, com as consequências constantes da presente lei».
- **Art. 16º, *idem*:** «No âmbito de ações populares, o Ministério Público é titular da legitimidade ativa e dos poderes de representação e de intervenção processual que lhe



S. R.

TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE SANTARÉM
Ministério Público

são conferidos por lei²³, podendo substituir-se ao autor em caso de desistência da lide, bem como de transação ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa», cf. redação do DL 214-G/2015, de 02/10 que suprimiu os primitivos n.ºs 1 e 2, diploma que alterou Código de Processo nos Tribunais Administrativos, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o Código dos Contratos Públicos, o Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, a Lei de Participação Procedimental e de Ação Popular, o Regime Jurídico da Tutela Administrativa, a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos e a Lei de Acesso à Informação sobre Ambiente. De acordo com o ponto 10. do preâmbulo do DL 214-G/2015, de 02/10, «As alterações aos artigos 12.º, 16.º e 19.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, visam adequar o respetivo regime à estrutura das formas de processo que foi introduzida pelo CPTA».

- **Art. 19º idem** “decisões transitadas em julgado”: «1 - Salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, os efeitos das sentenças transitadas em julgado proferidas no âmbito de processo que tenham por objeto a defesa de *interesses individuais homogêneos* abrangem os titulares dos direitos ou interesses que não tiverem exercido o direito de se autoexcluírem da representação, nos termos do artigo 16.º». [parece não abranger no caso julgado os *interesses coletivos* e os *interesses difusos* – será uma posição intermédia entre a solução legal anterior e a doutrina de Lebre de Freitas].

3.6. Resulta claramente uma paulatina expansão da intervenção do MP na defesa de interesses constitucionais como os referidos no art. 52º, nº 3, a) da CRP. As normas dos arts. 51º do ETAF e 9º, nº 2 do CPTA, no âmbito da jurisdição administrativa, os artigos 13º e 20º da Lei 24/96, de 31/07 e o art. 26º, nº 1, c) do DL 446/85, de 25/10 são indicação clara desta expansão. Tal tendência poderá explicar um progressivo alargamento da legitimidade ativa do MP, reconhecida agora pela norma do art. 19º do anteprojeto, que a confirmar-se implicará o reforço de recursos da organização.

V

Crítica à norma do art. 16º da LAP na redação atual

A redação anterior do nº 1 deste preceito era a seguinte: «O Ministério Público fiscaliza a legalidade e representa o Estado quando este for parte na causa, os ausentes, os menores e demais incapazes, neste último caso quer sejam autores ou réus».

Esta norma tinha como pressuposto o MP carecer de legitimidade ativa para propor a ação popular, dando-lhe contudo legitimidade para intervir nesta quando, por via da propositura da ação popular, o Estado, os ausentes, os menores e os demais incapazes interviesses na causa como demandados, como terceiros intervenientes ou até mesmo como autores na sequência da citação para intervir no processo nos termos do art. 15º da LAP.

O que na redação atual não é rigoroso é considerar o MP como titular de legitimidade ativa para propor uma ação popular, pois do que se trata é de o MP ter legitimidade para propor uma *ação pública*. É neste contexto que o art. 16º da LAP habilita o MP a intervir *em nome próprio*, nos termos do art. 3º, nº 1, e) do Estatuto do MP já citado, para a defesa dos interesses da comunidade, os quais são por isso diferentes dos interesses meramente subjetivos dos cidadãos e dos interesses do Estado enquanto Estado-administração.

²³ Fiscaliza a legalidade e representa o Estado quando este for parte na causa, bem como os ausentes, os menores e demais incapazes, neste último caso quer sejam autores ou réus – cfr. redação inicial dada pela Lei 83/95, de 31/08.



S. R.

TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE SANTARÉM
Ministério Público

A este alargamento da legitimidade ativa do MP, decorrente do atual art. 16º da LAP, acresce uma outra legitimidade, já consagrada nesta norma, que é a de intervir em representação, como já acontecia na redação anterior, aqui incluída a representação do Estado-administração.

VI

Propostas de alteração

1. Uma possibilidade é proceder à alteração da LAP, devendo ser acrescentado um número ao art. 16º que preveja a possibilidade de o MP intentar uma ação pública que tenha por objeto a defesa dos interesses protegidos pelo art. 1º, nº 2 da LAP, com a correspondente supressão do inciso “da legitimidade ativa” que consta do atual art. 16º, nº 1. Permitir-se-ia encarar a atuação do MP apenas no contexto da tutela de interesses meta-individuais, clarificando-se que é a comunidade o concreto portador daqueles interesses da saúde pública, do ambiente, (...) da concorrência que cabe ao MP defender – os interesses que têm por objeto bens públicos.

De recordar que o MP tem legitimidade para propor ações de responsabilidade civil por factos violadores das normas da concorrência quando os lesados que desse modo sofreram danos sejam consumidores, nesse âmbito intervindo o MP na tutela de *interesses não apenas difusos em sentido estrito mas também na tutela de interesses individuais homogêneos e coletivos dos consumidores*, como decorre do citado art. 13º da Lei 24/96, de 31/07. O MP tem ainda a possibilidade de, neste âmbito, intervir incidentalmente nos termos do art. 20º deste Diploma.

2. Outra possibilidade é a de acrescentar uma norma ao capítulo III do anteprojeto com a epígrafe “Ministério Público”. De acordo com a opção do legislador várias hipóteses são possíveis, singularmente ou combinadas:

a) atribuir legitimidade ao MP para intentar *ação pública* de responsabilidade civil em *nome próprio* para tutela do bem público da concorrência por via da tutela dos interesses difusos *stricto sensu*²⁴;

b) atribuir legitimidade ao MP para intentar *ação pública* de responsabilidade civil em *nome próprio* para tutela de interesses coletivos e individuais homogêneos (produtores, fornecedores, distribuidores e retalhistas organizados em PME’s). [Neste caso, existe a possibilidade de a propositura desta ação pública ser facultativa para o MP e não injuntiva, deixando-a ao seu poder-dever de iniciativa e sujeita a fundamentação em caso de não propositura quando solicitado para o efeito];

c) atribuir ao MP a possibilidade de *intervir* nas ações de private enforcement tendentes à tutela dos interesses difusos da concorrência;

²⁴ O Sr. Prof. Miguel Teixeira de Sousa, Cfr. *op. cit.*, p. 285, concluiu que os interesses difusos têm simultaneamente uma dimensão supra individual e uma dimensão individual. A) Na dimensão supra-individual são interesses difusos stricto sensu (quando incidem sobre bens indivisíveis) ou interesses coletivos quando recaem sobre bens privados de uma pluralidade de titulares. B) Na dimensão individual os interesses difusos correspondem aos interesses individuais homogêneos. Não inteiramente coincidente na qualificação dos interesses coletivos é o recente Ac. do STJ 03/03/2016, Ribeiro Cardoso, P. Proc. 3704/12. ITTLSB.LI.SI.



S. R.

TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE SANTARÉM

Ministério Público

d) atribuir ao MP a possibilidade de *intervir* nas ações de *private enforcement* tendentes à tutela dos interesses individuais homogêneos, dos interesses coletivos (PME's como supra referido) e difusos da concorrência.

e) Excluir de cada uma ou de algumas destas possibilidades a intervenção do MP em ações de responsabilidade civil “stand-alone”²⁵, uma vez que a maioria das ações de indemnização por violação de normas de defesa da concorrência são ações “follow-on” – cfr. o ponto 87. da exposição de motivos.

3. Existe ainda a possibilidade de excluir o MP de qualquer intervenção em matéria de *private enforcement*, seja por via de ação, seja por via incidental, em *ação pública*, solução que implica restringir a remissão em singelo que é feita pelo art. 19º, nº 1 do anteprojeto para a LAP e em particular para o artigo 16º desta última.

VII

Uma palavra final para o desafio colocado ao legislador de conciliar de *lege ferenda* o sistema de “opt-out” consagrado na Lei de Ação popular com a Recomendação da Comissão de 11/06/2013, JO. L 201/60 e ss, de 26/07/2013, que no seu ponto 21. prevê um sistema de “opt-in” através do “princípio da adesão”, a menos que esta Recomendação venha a ser abandonada pela Comissão ou ignorada pelos EM.

St., 25/05/2016

Manuel Pelicano Antunes, PR junto do TCRS

²⁵ As ações de indemnização podem ser de seguimento (follow-on actions) ou independentes (stand-alone actions). As ações de seguimento respeitam a ações civis instauradas na sequência da declaração de uma infração por parte de uma Autoridade de Concorrência, enquanto as ações independentes são instauradas sem que haja uma decisão anterior de uma Autoridade de Concorrência relativa a uma infração ao direito da Concorrência.