

***A LITIGIOSIDADE NUMA SOCIEDADE DE MASSAS E DE GRANDES RISCOS: DANOS,
PRETENSÕES MATERIAIS E MODELOS DE COMPENSAÇÃO***

Disciplina: Direito Civil I; Ano lectivo 2023/2024; Doutoramento e Mestrado

Equipa docente: Paula Costa e Silva/João Marques Martins

Professores convidados: Judith Martins-Costa (IEC); António do Passo Cabral (Professor Titular UERJ), Bernardo Diniz de Ayala (Uría); Daniel Mitidiero (UFRGS) Elizabeth Fernandez (UM), Fernando Gascón Inchausti (Professor Titular UCM); Fredie Didier Jr. (Professor Titular UFBA), Hermes Zaneti (UFES), Marco Felix Jobim (PUCRS), Sérgio Cruz Arenhart (UFPR)

O Objecto da disciplina

1. O programa da disciplina que se propõe lidar com os desafios substantivos decorrentes da moderna morfologia da litigiosidade. Processos de classe, processos estruturais e fundos de compensação são o ponto de partida para o estudo dos problemas relacionados com a tutela material de posições jurídicas violadas.

Cada uma destas estruturas traz ao jurista desafios muito próprios, tanto de natureza processual, quanto de natureza substantiva. Vamos descrevê-los de forma breve.

2. A pressão provocada, por um lado, pela tutela de classes ou categorias de *interesses* (?) sobre os institutos de um sistema substantivo que concebe a indemnização como compensação e de um sistema processual eminentemente pensado para uma tutela individual, de outro, pela necessidade de racionalização dos recursos da Justiça e de acautelamento da coerência da decisão proferida em conflitos objectivamente idênticos, tem chamado crescente atenção sobre a tutela colectiva e sobre a tutela estruturante. Temas relativamente desconhecidos entre nós, têm merecido cuidada atenção em outros espaços jurídicos onde a doutrina e a jurisprudência foram impelidas pela prática a encontrar respostas.

Este cenário está a mudar muito rapidamente e, também em Portugal, por impulso da prática. São já em número significativo as acções que vêm sendo instauradas para tutela do que, por contraposição aos interesses difusos e que com eles se não confundem, se convencionou designar como interesses individuais homogêneos e interesses colectivos ou de classe. Ainda que os tribunais estejam a dar resposta, são várias os desafios dogmáticos

criados por processos em que a morfologia dos interesses sob tutela determina o repensar de institutos processuais centrais.

A estes factos alia-se a circunstância de se encontrar em fase de transposição para a ordem jurídica interna a Directiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2020, relativa a acções colectivas para protecção dos interesses colectivos dos consumidores e que revoga a Directiva 2009/22/CE. Trata-se de instrumento internacional de grande impacto uma vez que visa dispor regras mínimas acerca de um tipo de litigância de massa que vem tendo relevância crescente em diferentes Estados Membros.

Na transposição, haverá regimes que, por imporem a adaptação dos regimes gerais, gizados num tempo histórico em que a uma tutela estruturalmente individual apenas se contrapunha uma tutela litisconsorcial ou coligatória, suscitam particular cautela. Entre eles, e apenas para referir os mais evidentes, o relativo à unidade da estrutura de tutela colectiva por confronto com uma diversidade estrutural influenciada pelas pretensões materiais accionáveis, o dos pressupostos processuais específicos, o dos princípios processuais fundamentais e instrumentais estruturantes atendendo a que a decisão final terá eficácia irradiante, os referentes à articulação entre tutela individual e tutela colectiva, à litispêndência e ao caso julgado, estes em estreita relação com o sistema de *representação* [opt in ou de opt out] que se acolha.

Para além desta instância problemática – a da dimensão processual, onde se joga a admissibilidade da tutela –, uma outra é particularmente sensível: a da identificação e quantificação dos danos e a da atribuição das indemnizações aos diversos membros da categoria.

3. Diferentes são os desafios que levantam os processos estruturais. Ordenados a provocar uma mudança no modo de funcionamento de uma estrutura, têm a sua origem numa decisão, datada de 1954, do Supremo Tribunal Federal, dos Estados Unidos, que veio resolver o caso *Brown versus Board of Education of Topeka*. Recordemos os antecedentes desta decisão. Na sequência da recusa de inscrição de uma criança negra numa escola pública, frequentada exclusivamente por crianças brancas, o Supremo imporia à concreta escola que aceitasse a inscrição daquela criança.¹ Mas o Supremo foi mais longe: tomando conhecimento, de modo processualmente relevante, de que a escola que recusara a inscrição

¹ Uma das linhas de justificação da prática discriminatória ancorava na existência de segregação racial na sociedade: a escola, ao segregar negros e brancos, não mais faria do que preparar as crianças negras para a vida tal como ela seria no lugar onde deveriam passar a sua idade adulta.

não seguia uma prática isolada, mas antes seguia uma linha de orientação comum a diversas escolas públicas de diferentes Estados, aproveitou a decisão para determinar que o sistema de ensino público alterasse a sua prática, aceitando nas escolas e sem discriminação, crianças brancas e negras. Com esta sua decisão, o Supremo, identificando um problema transversal a todo o sistema de ensino público, emitiu uma decisão-regra com um efeito estrutural: a partir desta decisão, o sistema de ensino globalmente considerado teria de alterar a sua prática e modo de funcionamento. Inaugurava-se a categoria dos processos estruturais, aqueles através dos quais o órgão competente emite uma injunção que determina a alteração do modo de funcionamento de uma concreta estrutura, quer porque a considera ilegal, quer porque considera que ela não segue as melhores práticas.

A obtenção de tutela através de processos estruturais vem ganhando terreno. E o conceito de processo estrutural vê-se alargado a campos diversos daquele que era originariamente o seu: actualmente não se duvida que processos que tenham impacto no funcionamento de uma estrutura – reorganização de uma empresa, tutela de minorias nos casos de operações de M&A, processo de falência ou, mais amplamente, de liquidação universal de patrimónios –, negociações que atingem uma pluralidade significativa de créditos e débitos de um concreto sujeito, num contexto negocial e extrajudicial, são casos exemplificativos do que hoje se reconduz já à categoria de processo estrutural.

Uma vez mais, a perspectiva que importa ao presente seminário não é a processual, mas, antes, a substantiva. O que se visa alcançar é a identificação das pretensões materiais que, perante concretas violações, são atribuídas aos lesados, bem como a articulação entre a tutela estrutural e a tutela individual.

4. Por último, vão interessar-nos os casos de provocação de danos incomensuráveis.

Os acidentes de Mariana e Brumadinho, por um lado, e os ataques de 11 de Setembro ou a explosão da plataforma da BP, no golfo do México, vão ser as hipóteses de trabalho. Deverá perguntar-se, à luz de um e de outro grupo de casos, quais os limites do direito da responsabilidade na sua capacidade efectiva de responsabilidade perante certo tipo de danos, aqueles que qualificámos como danos incomensuráveis. O modo “compensação através de fundos” faz perguntar se ainda nos movemos no direito da responsabilidade, se devemos antes desenvolver uma nova linguagem para estes tipos de tutela.

Metodologia

As sessões decorrerão em seminário, com participação de todos os auditores em todas as aulas. Ainda que haja um interlocutor privilegiado por tema de sessão, a discussão dos problemas será aberta aos demais participantes.

Ao longo do ano lectivo de 2023/2024 será possível contar com a colaboração dos juristas que se têm ocupado, de modo aprofundado, dos problemas suscitados pela moderna configuração da litigiosidade, uns pensando os problemas pela óptica dos institutos e estruturas processuais, outros do prisma dos institutos que, no nosso sistema, podem ser convocados quando um caso se aproxima do que possam ser males sofridos (o que ainda não significa que sejam danos e, menos ainda, danos indemnizáveis).

Bibliografia de apoio

ABRAMOWICZ, Michael B.. «On the Alienability of Legal Claims», *Yale Law Journal*, 114, 2005, pp. 69-779

ABRAMS, David S./CHEN, Daniel L.. «A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding», *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 15, 2013, pp. 1075-1109

ALEXANDER, Christian. *Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010

ANDREANGELI, Ariann. *Private Enforcement of Antitrust*, Elgar, 2014

ANTUNES, Henrique Sousa. «Class actions, group litigation & other forms of collective litigation (portuguese report)»

ARENHART, Sérgio Cruz/OSNA, Gustavo. Curso de Processo Civil Coletivo, 4.^a Edição, Revista do Tribunais, São Paulo, 2022

ARENHART, Sérgio Cruz/OSNA, Gustavo/JOBIM, Marco Felix. Curso de Processo Estrutural, Revista do Tribunais, São Paulo

ASCENSÃO, José de Oliveira. «A acção popular e a protecção do investidor», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 11, 2001, pp. 65-75

----- . *Direito Civil – Teoria Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

AVRAHAM, Ronen/SEBOK, Anthony. «An Empirical investigation of third party consumer litigant funding», *Cornell Law Review*, 104, 2018-9, pp. 1133-1179 (pp. 1172 e ss.).

AVRAHAM, Ronen/WICKELGREN, Abraham. «Third-Party Litigation Funding – A Signaling Model», *De Paul Law Review*, 63, 2014, pp. 233-264

BAKER, Thurbert. «Paying to Play: Inside the Ethics and Implications of Third-Party Litigation Funding», *Widener Law Journal*, pp. 229-241

BERNHARD, Jochen. *Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen – Europäische Kollektivklagen zwischen Effizienz und Effektivität*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010

BOLSTER, Tom. «The Structure and Funding of Competition Claims Post-Jackson – “All Change” or “Status Quo”?», *Competition Law Journal*, 13, 2014, pp. 202-208

BREYER, Michael. *Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses: das deutsche, englische und amerikanische Prozesskostensystem im Vergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006

BURCH, Elizabeth. «Financiers as Monitors in Aggregate Litigation», *New York University Law Review*, 87, 2012, pp. 1273-1338

CABRAL, ANTONIO DO PASSO. Autocomposição e litigância de massa: negócios processuais em incidentes de solução de casos repetitivos, disponível em https://www.academia.edu/75737050/Autocomposi%C3%A7%C3%A3o_e_litig%C3%A2ncia_de_massa_neg%C3%B3cios_processuais_em_incidentes_de_solu%C3%A7%C3%A3o_de_casos_repetitivos

------. Entidades de Infraestrutura Especifica para Solução de Conflitos Coletivos: Claims Resolution Facilities e sua aplicabilidade no Brasil, disponível em https://www.academia.edu/38509246/Entidades_de_Infraestrutura_Especific_a_para_Solu%C3%A7%C3%A3o_de_Conflitos_Coletivos_Claims_Resolution_Facilities_e_sua_aplicabilidade_no_Brasil

CAFAGGI, Fabrizio/MICKLITZ, Hans-Wolfgang. «Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: the Way Forward», *EUI Working Papers*, n.º 2008/29

CHAGNY, Muriel. «France», in *The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States*, BARRY JAMES RODGER/MIGUEL SOUSA FERRO/FRANCISCO MARCOS (ed.), pp. 101-123

COOTER, Robert. «Towards a Market in Unmatured Tort Claims», *Virginia Law Review*, 75, 1989, pp. 383-411

CORREIA, José Manuel Sérvulo. «The effectiveness and limitations of the portuguese system of competition law enforcement by administrative and civil procedure means», in *Competition Law and Economics: Advances in Competition Policy Enforcement in the EU and North America*, ABEL M. MATEUS/TERESA MOREIRA (ed.), Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 85-124

DETHLOFF, Nina. «Verträge zur Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, pp. 2225-2230

DEUTLMOSER, Ralf. «Die Büchse der Pandora; Kollektiver Rechtsschutz in Europa», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2013, pp. 652-656

DIDIER JR., Fredie/ZANETTI JR., Hermes/OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Elements for a theory of the structural process applied to Brazilian law, disponível em https://www.academia.edu/42872474/ELEMENTOS_PARA_UMA_TEORIA_DO_PROCESSO ESTRUTURAL_APLICADA_AO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO

DOHRN, Daniel. *Die Bindungswirkung kartellrechtliche Entscheidungen der Kommission sowie deutsche und Mitgliedstaatlicher Kartellbehörden und Gerichte im deutschen Zivilprozess*, C. Heymanns, 2010

EBERS, Martin. *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016

ELLGER, Reinhard. «Kartellschaden und Verletzererfolg», in *Recht, Ordnung und Wettbewerb - Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*, STEFAN BECHTOLD/JOACHIM JICKELI/MATHIAS ROHE (Hrsg.), Nomos, 2011, pp. 191-225

EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (EPRS), *Responsible private funding of litigation*, February 2021

FERRO, Miguel Sousa. «Antitrust Private Enforcement and the Binding Effect of Public Enforcement Decisions», *Market and Competition Law Review*, 2019, pp. 51-80

FUCHS, Andreas. «Art und Umfang des ersatzfähigen Schadens», in *Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung*, ANDREAS FUCHS/ANDREAS WEITBRECHT (Hrsg.), 1. Auflage, C.H. Beck, München, 2019, pp. 257-305

GOTTWALD, Peter. *Schadenszurechnung und Schadensschätzung – Zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozess*, C. H. Beck, München, 1979

GRUNEWALD, Barbara. «Prozessfinanzierungsvertrag mit gewerbsmäßigem Prozessfinanzierer – ein Gesellschaftsvertrag», *BB*, 2000, pp. 729-733

HEINZE, Christian. *Schadensersatz im Unionsprivatrecht: Eine Studie zu Effektivität und Durchsetzung des Europäischen Privatrechts am Beispiel des Haftungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017

HODGES, Christopher. «Objectives, mechanisms and policy choices in collective enforcement and redress», in *Mass Justice*, JENNY STEELE/WILLEM H. VAN BOOM (ed.), E. Elgar, Cheltenham, 2011, pp. 101-117

----- . *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems – A New Framework for Collective Redress in Europe*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2008

HODGES, Christopher/VOGENAUER, Stefan/TULIBACKA, Magdalena. «The Oxford Study on Costs and Funding of Civil Litigation», in *The Costs and Funding of Civil Litigation – A comparative perspective*, CHRISTOPHER HODGES/STEFAN VOGENAUER/MAGDALENA TULIBACKA (ED.), Hart Publishing, Portland, 2010, pp. 3-194

INDERST, Roman/MAIER-RIGAUD, Frank P./SCHWALBE, ULRICH. «Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße», in *Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung*, ANDREAS FUCHS/ANDREAS WEITBRECHT (Hrsg.), 1. Auflage, 2019, pp. 306-351

INDERST, Roman/SCHWALBE, Ulrich. «Das kontrafaktische Szenario bei der Berechnung von Kartellschäden», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2012/2, pp. 122-132

INDERST, Roman/THOMAS, Stephan. «Zu den Prinzipien der Ermittlung von Schadensersatz bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2014, pp. 667-8

JOBIM, Marco Félix. *Cortes e o tratamento mundial de conflitos estruturais*, 2 ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2023

----- . *Medidas estruturantes na jurisdição constitucional: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. 3 ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2022

JOBIM, Marco Félix/ OLIVEIRA, Elton Somensi de. The decision of the Federal Supreme Court in the ADPF N° 709: Covid 19 and the Indigenous Community, disponível em https://www.jovene.it/public/allegati/33848_as_Indice-PC-2.2021.pdf

JUŠKA, Žygimantas. «The Effectiveness of Antitrust Collective Litigation in the European Union: a Study of the Principle of Full Compensation», *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 49, 2018, pp. 63-93

LEITÃO, Luís de Menezes. *O enriquecimento sem causa no Direito civil – Estudo Dogmático sobre a Viabilidade da Configuração Unitária do Instituto, Face à Contraposição Entre as Diferentes Categorias de Enriquecimento sem Causa*, Almedina, Coimbra, 2005

LOGEMANN, Hans Phillip. *Der kartellrechtliche Schadensersatz*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009

MEEBEN, Gero. *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011

PAIS, Sofia Oliveira/PISCZCZ, Anna. «Package on Actions for Damages based on Breaches of EU Competition Rules: Can One Size Fit All?», *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 7, 10, 2014, pp. 209-234

RADIN, Max. «Maintenance by Champerty», *California Law Review*, 24, 1935, pp. 48-78

RAUH, Jens Ole/ZUSCHANDKE, Andy/REDDEMANN, Sebastien. «Die Ermittlung der Schadenshöhe im Kartelldeliktsrecht», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2012, pp. 173-183

RODGER, Barry James/FERRO, Miguel Sousa/MARCOS, Francisco. «A panacea for competition law damages actions in the EU? A comparative view of the implementation of the EU Antitrust Damages Directive in sixteen Member States», *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 26, 2019, pp. 484-504

RUBINFELD, Daniel L.. «Antitrust damages», in *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, EINER ELHAUGE (Ed.), E. Elgar, 2012, pp. 378-393

SCHIEMANN, Gottfried. «Der Kartellschaden als Problem des allgemeinen Zivilrechts», in *Recht, Ordnung und Wettbewerb - Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*, STEFAN BECHTOLD/JOACHIM JICKELI/MATHIAS ROHE (Hrsg.), Nomos, 2011

SCHÜSSEL-KOHLHÄUFL, Theresa. *Die Struktur des Delikts im Kartellschadensersatzrecht – Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Feststellungswirkung des § 33b GWB*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020

SCHWALBE, Ulrich. «Lucrum cessans und Schäden durch Kartelle bei Zulieferern, Herstellern von Komplementärgütern sowie weiteren Parteien», *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 2017, pp. 157-164

SILVA, Paula Costa e/REIS, Nuno Trigo dos. *Private Enforcement e Tutela Coletiva*, Almedina, 2022

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

STOLL, Hans. *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993

TARUFFO, Michele. «Some remarks on group litigation in comparative perspective», *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11, 2001, pp. 405-421

VAN DIJK, Theon/VERBOVEN, Frank. «Quantification of Damages», in *Issues in Competition Law and Policy – ABA Section of Antitrust Law*, 2008, pp. 2231-2348