

OPINIÃO

O Fundo de Defesa de Direitos Difusos e a execução de decisões coletivas

3 de maio de 2018, 10h54

Por Gustavo Osna

Nos últimos dias, noticiou-se de forma ampla que, ao admitir o julgamento de *Frank v. Gaos*, a Suprema Corte dos Estados Unidos analisará a higidez de um acordo celebrado em medida coletiva¹. Na exposição do tema, indicou-se ainda que a eventual revisão se daria pelo fato de a autocomposição ter beneficiado apenas os advogados atuantes na disputa, e não a própria classe envolvida. Consideramos, porém, que essa premissa merece maior atenção.

Procurando elucidar o cenário, destaca-se que a base do problema se situa na composição atingida em ação de classe (*Gaos v. Google Inc.*) na qual se questionou eventual vazamento de dados dos usuários do réu coletivo. No curso da disputa, celebrou-se composição financeira dos possíveis danos. Por fim, após o desconto da importância dedicada aos advogados e aos representantes que atuaram no processo, a quantia remanescente foi endereçada a instituições de ensino superior e a centros voltados ao estudo da proteção da privacidade. É precisamente aqui, neste último ponto, que parece se polarizar o debate a ser travado em *Frank v. Gaos*².

De forma breve, a objeção realizada pode ser sintetizada a partir de algumas indagações: se a indenização decorreria de danos *individualmente* causados aos membros da *classe*, os valores obtidos poderiam não lhes ser endereçados? De que modo a execução do acordo efetivamente os beneficiaria? Quais os critérios adotados para fixar a destinação da verba?

Cada uma das questões oscila ao redor de um mesmo núcleo. É que, ao admitir o julgamento da matéria, a Suprema Corte acaba colocando em debate os parâmetros daquilo que se costumou denominar, no âmbito das *class actions*, de *cy pres*; resumidamente, da possibilidade de que, devido à inviabilidade de reparação individual dos membros do grupo, a importância que deveria lhes ser destinada seja endereçada a alguma organização com propósitos

relacionados ao objeto litigioso³. Nesses casos, por mais que não se negue que a indenização tem origem em pretensões individuais, afirma-se que não é possível que a reparação as espelhe por completo. O dilema central, então, passa a ser até que extensão esse distanciamento seria autorizado.

Partindo desse quebra-cabeça, o problema dialoga com a própria dificuldade inerente à execução de medidas coletivas voltadas à proteção de direitos individuais. Já nos debruçamos sobre o tema em outras ocasiões ⁴, e o seu debate continua sendo necessário. Somente assim é possível amarrar as pontas entre as premissas teóricas da disciplina e a sua adequação material.

De fato, ao mesmo tempo em que não parece haver fundamento razoável para afastar a utilização de técnicas atípicas para a proteção de interesses individuais homogêneos⁵, é imprescindível que esse exame não retire da mira a origem do dano. Tratando-se de pretensões individuais, é preciso envidar todos os esforços possíveis para que os sujeitos lesados sejam, efetivamente, aqueles beneficiados pela tutela. É para esse fim que o uso de mecanismos criativos de proteção, algo amplamente desejado⁶, deve se prestar.

Indo além, a questão suscitada perante a Suprema Corte dos Estados Unidos possui especial importância para o processo civil brasileiro por direcionar os holofotes para um problema imanente à nossa realidade. É que aqui, além de o regime processual da tutela coletiva de direitos ser amplamente falho⁷, há uma peça em sua engrenagem que suscita exatamente o mesmo conflito veiculado em *Frank v. Gaos*: a (questionável) execução de decisões coletivas pelo Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

Realmente, esse nó se coloca tendo em vista que, ao prever a possibilidade de execução individual de sentenças proferidas em ações coletivas, nosso Código de Defesa do Consumidor estabelece uma hipótese subsidiária de execução dos valores para o referido fundo⁸. Como consequência, a importância que originalmente se destinaria aos membros da classe (titulares dos interesses individuais violados) passa a ser dedicada a esse ente.

Ocorre que, conforme já apurado, a atuação do Fundo de Defesa de Direitos Difusos está longe de uma procura efetiva pela proteção da classe lesada⁹. Mais que isso, uma vez internalizado em seus cofres, o valor decorrente da condenação coletiva sequer parece reter seu *pedigree*: passa a simplesmente integrar um numerário comum, podendo se voltar à própria estrutura do Ministério da Justiça ou, no menor dos casos, à efetivação de projetos que em nada dizem respeito aos indivíduos pretensamente protegidos. Para eles, a ação de classe de nada terá servido — criando-se uma lógica cujo único

benefício é a dissuasão do réu coletivo à reiteração do ilícito¹⁰.

Enfim, diante desse cenário, é certo que esse ponto cego merece atenção. Se a análise a ser realizada em *Frank v. Gaos* irá se debruçar sobre os parâmetros e as minúcias que devem preceder medidas de *cy pres*, a imprestabilidade da via análoga legislada em nosso microssistema (a execução pelo FDD) parece antecipada e patente. Se há um real interesse no aperfeiçoamento da tutela coletiva no Brasil, o problema deve ser seriamente considerado.

¹ Ver, assim, <https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/acordos-aco-es-beneficiam-advogados-serao-julgados-eua>. Também, <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-google/u-s-supreme-court-to-hear-google-privacy-settlement-dispute-idUSKBN1I11DO>.

² Em seus exatos termos, a questão problematizada é assim posta: “*whether, or in what circumstances, a cy pres award of class action proceeds that provides no direct relief to class members supports class certification and comports with the requirement that a settlement binding class members must be “fair, reasonable, and adequate”*”.

³ Há vasta doutrina sobre o tema, procurando aferir suas possibilidades e os seus benefícios. Ver, por todos, TIDMARSH, Jay. *Cy Pres and the Optimal Class Action*. In. *The George Washington Law Review*. v.82. Washington, DC: The George Washington University, 2014. p.767. Ver ainda, em doutrina brasileira, HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções Judiciais Pecuniárias de Processos Coletivos no Brasil: Entre a Fluid Recovery, a Cy Pres e os Fundos*. Dissertação de Mestrado: UFPR, 2017.

⁴ Ver, assim, OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: Pressupostos, Fundamentos e Aplicação no Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2014. OSNA, Gustavo. ‘American State of Mind’: Why do Class Actions Keep Failing Outside America? In. *International Journal of Procedural Law*. n.7. Cambridge: Intersentia, 2017. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização*. In. *Revista de Processo*. v.222. São Paulo: Ed. RT, 2013. p.50-64.

⁵ Nesse sentido, de forma enfática, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o projeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 2007. Veja-se que a questão se torna ainda mais clara com o advento do Código de Processo Civil de 2015, dado o permissivo geral trazido em seu artigo 139, inciso IV.

⁶ Ver, assim, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. ARENHART, Sérgio Cruz.

OSNA, Gustavo. *Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização*. p.55-64. Também, verificando diferentes vias para a construção de medidas efetivas da tutela coletiva, ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. [7](#) Nesse sentido, passim, OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos*. 117-132.

[8](#) “Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.”

[9](#) Esmiuçando o tema, ver <https://www.conjur.com.br/2017-mar-31/governo-usa-dinheiro-fundo-direitos-difusos-caixa>. No mesmo sentido, OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos*. p. 120-122.

[10](#) Note-se, aliás, que essa questão já foi explicitamente defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, afirmando-se que “a legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução exsurgerà — se for o caso — após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado se não houver a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, nos termos do art. 100 do CDC. É que a hipótese versada nesse dispositivo encerra situação em que, por alguma razão, os consumidores lesados desinteressam-se quanto ao cumprimento individual da sentença, retornando a legitimação dos entes públicos indicados no art. 82 do CDC para requerer ao Juízo a apuração dos danos globalmente causados e a reversão dos valores apurados para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da LACP), com vistas a que a sentença não se torne inócua, liberando o fornecedor que atuou ilícitamente de arcar com a reparação dos danos causados”. REsp 869.583/DF, 4ª Turma, j. 5/6/2012, rel. min. Luis Felipe Salomão, DJe 5/9/2012. Aqui, certamente, não se discute a respeito da pertinência dessa função a ser exercida pelas ações de classe. Não obstante, considera-se que ela deve ser conjugada com os demais escopos do instituto. Sobre o tema, ver GILLES, Myriam; FRIEDMAN, Gary B. Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers. *University of Pennsylvania Law Review*. n. 155. Philadelphia: University of Pennsylvania, 2006. Também, POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1977. p. 449.

Gustavo Osna é advogado, professor, doutor em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e mestre em Direito Processual Civil e bacharel em Direito pela mesma instituição. Membro do Núcleo de Processo Comparado (UFPR) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

