

## **RESGATANDO A IMPORTÂNCIA DA TRANSAÇÃO COLETIVA DE CONSUMO NO BRASIL**

### ***REDEEMING THE IMPORTANCE OF COLLECTIVE CONSUMER TRANSACTION IN BRAZIL***

**DENNIS VERBICARO**

Doutor em Direito do Consumidor pela Universidade de Salamanca (Espanha), Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Pará-UFPA, Professor da Graduação e Especialização do Centro Universitário do Pará, Professor Visitante da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Consumidor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS. É Procurador do Estado do Pará e Advogado.

#### **RESUMO**

O artigo se propõe a identificar as virtudes da transação coletiva nas relações de consumo como método eficaz para a prevenção e solução de conflitos, rompendo-se com toda uma tradição de dependência ao modelo de solução judicial, partindo-se da análise de experiências bem-sucedidas nos Estados Unidos e Holanda, passando pelo resgate da importância do Termo de Ajustamento de Conduta, enquanto modelo de transação extrajudicial. Rediscute-se, também, a abertura de uma nova perspectiva processual de valorização da conciliação e mediação, resgatando as virtudes do Projeto de Lei 282/2012, tudo de modo a blindar a posição jurídica do consumidor, sobretudo quando identificado no plano transindividual como categoria econômica e juridicamente fragilizada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Consumidor; Transação Coletiva; Termo de Ajustamento de Conduta; Tutela Transindividual; Direito Comparado.

**ABSTRACT**

The article proposes to identify the virtues of the collective transaction in consumer relations as an effective method for the prevention and resolution of conflicts, breaking with a whole tradition of dependence on the model of judicial solution, starting from the analysis of well- In the United States and the Netherlands, and to recover the importance of the Term of Adjustment of Conduct as an extrajudicial transaction model. The opening of a new process of valuation of conciliation and mediation is also discussed, rescuing the virtues of Bill 282/2012, all in order to shield the legal position of the consumer, especially when identified in the plan as transindividual economically and legally fragile category.

**KEYWORDS:** Consumer Law; Collective Agreement; Term of Conduct Adjustment; Transindividual Rights Protection; Comparative Law.

**INTRODUÇÃO**

Não há dúvida de que a substancial evolução na base normativa do Direito do Consumidor, justamente para o melhor reconhecimento e proteção dos interesses transindividuais, obrigou os mais diferentes sistemas processuais ao redor do mundo a se adequarem a esta nova perspectiva plural, massificada e não menos complexa dos conflitos intersubjetivos. Isso favoreceu a instrumentalização judicial dos mesmos, mas também contribuiu para a necessária e, até mais importante, do ponto de vista prático, possibilidade de transação coletiva acerca dos mesmos.

Vive-se atualmente numa sociedade consumista que não se satisfaz apenas com o espetáculo do acúmulo, mas que agora enfrenta a ampliação incontida das escolhas, tornando viciante a ideia de abundância, oferecendo ao indivíduo opções e combinações sob medida, justamente a pretexto de preservar essa pseudo individualidade na grande quantidade de bens e serviços colocados no mercado de consumo. Haverá uma submissão voluntária do consumidor ao modelo estético-comportamental definido pela indústria cultural, intensificando, assim, o atrito entre os detentores dos meios de produção e o consumidor.

Nesse ambiente de multiplicação de conflitos na relação de consumo, cuja solução se afunila no modelo judicial ritualizado e lento, urge falar sobre a transação coletiva de consumo como uma tentativa de se romper com uma cultura jurídica baseada na litigiosidade e supervalorização da decisão judicial.

Num primeiro momento, surgem algumas indagações fundamentais: como transacionar acerca de interesses transindividuais que, em razão desse espectro coletivo, são indisponíveis? Quem serão os legitimados a formalizar o ajuste? O alcance do ajuste poderá prejudicar consumidores que não tenham tomado conhecimento prévio ou tido a possibilidade de manifestar a faculdade do *opt out*? O Judiciário exercerá alguma espécie de controle formal ou material do acordo? Como o direito comparado favorece a transação coletiva?

A partir da delimitação do problema de pesquisa e do objetivo central e por intermédio de estudo teórico e bibliográfico, o artigo propõe-se a identificar as virtudes da transação coletiva nas relações de consumo como método eficaz para a prevenção e solução de conflitos, rompendo-se com toda uma tradição de dependência ao modelo de solução judicial, partindo-se da análise de experiências bem sucedidas nos Estados Unidos e Holanda, passando pelo resgate da importância do Termo de Ajustamento de Conduta, enquanto modelo de transação extrajudicial. Rediscute-se, também, a abertura de uma nova perspectiva processual de valorização da conciliação e mediação, resgatando as virtudes do Projeto de Lei 282/2012, tudo de modo a blindar a posição jurídica do consumidor, sobretudo quando identificado no plano transindividual como categoria econômica e juridicamente fragilizada.

## 2 A TRANSAÇÃO COLETIVA NO DIREITO COMPARADO

Ao redor do mundo, a tutela processual coletiva recebe várias terminologias, possuindo, cada sistema, suas próprias características, sobretudo, quanto ao âmbito material da tutela, legitimação e etc. por exemplo, nos Estados Unidos, destacam-se as *class actions*; na França, tem-se a *action en représentation conjointe*; na Inglaterra, a *Group Litigation Order*; o *Musterverfahren* alemão; e as *acciones colectivas* na Espanha. Todas, contudo, conferindo especial atenção ao consumidor.

El proceso, en su conformación tradicional, tiene enormes desventajas para el individuo que, como consumidor afectado por alguna lesión o amenaza en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, pretenda su protección. Todo ello refleja una evidente necesidad de simplificación que evite la consiguiente inseguridad jurídica. También subsisten condicionamientos económicos: la gran empresa o la Administración pública están ya acostumbrados a pleitear y tienen sus propias secciones de asesoramiento y defensa jurídica, mientras que para el consumidor o el usuario medio tener que iniciar un proceso para defender sus intereses puede suponer importantes inversiones de tiempo y dinero. Por otro lado, ocurre habitualmente que la solución que proporcionaría una adecuada tutela judicial efectiva del interés afectado, no es la compensación mediante indemnización de daños y perjuicios, sino más bien la prevención frente a las amenazas de lesión. (BUJOSA VADELL, 2006, p. 250-251).

No que pertine ao âmbito material, tem-se, por exemplo, um alcance amplo no Brasil, porquanto a tutela coletiva alcança não apenas a proteção do consumidor, mas do meio ambiente, do patrimônio público, artístico, cultural, urbanístico e etc. Nos Estados Unidos, o alcance é amplíssimo, ou seja, universal, porquanto se admite o manejo das ações coletivas para qualquer espécie de matéria, inclusive, quanto a direitos fundamentais da pessoa humana, tais como igualdade e liberdade. Na Europa, por sua vez, o âmbito de utilização é mais limitado, sendo principalmente manejada na defesa do consumidor.

Outra característica que diferencia, em muito, os sistemas, reside na legitimação para a tutela coletiva e, por conseguinte, para a própria transação, na medida em que nos Estados Unidos qualquer cidadão poderá movimentar o sistema das *class actions*, como representante de todo um grupo, se um Tribunal o considera como representativo dos demais e com assistência jurídica adequada. Na Europa, contudo, predomina uma concepção diversa, ou seja, tem-se um controle maior dos sujeitos que podem propor ações coletivas, o que costuma ocorrer através de uma legitimação extraordinária conferida a alguns órgãos governamentais, tais como a *Office of Fair Trading* inglesa, o *Instituto Nacional de Consumo* espanhol e o *Ombudsman* dos países nórdicos ou associações de consumidores. (INCHAUSTI, 2010, p. 23).

En Australia e Inglaterra existía sólo una forma limitada de Class Actions, conocida generalmente como “representative action”, limitada a reclamaciones “for injunctive of declaratory relief”, es decir en relación con

condenas de hacer o no hacer, no “for damages”, o sea no para casos en se pidan indemnizaciones dinerarias por daños y perjuicios. En Australia, las Class actions for damages han sido recientemente introducidas, a partir de los Estados de Victoria (1986) y Australia del Sur (1987). En Canadá, en primer lugar, se introdujo en la provincia de Quebec (1978) y posteriormente en Otario (1990). (BUJOSA VADELL, 1995, p. 290).

No que diz respeito ao financiamento do sistema de tutela coletiva, nos Estados Unidos, tem-se um padrão único e não menos curioso, em que os próprios advogados, que representam o litigante coletivo, financiam todos os custos processuais, inclusive as despesas com perícias, laudos e etc. Há escritórios especializados no exercício desse tipo de ações, que não apenas têm grande capacidade para identificar litígios com repercussão coletiva e com grande potencial econômico, como de fomentar sua conversão em processos judiciais, denominados de *entrepreneurial lawfirms*. (INCHAUSTI, 2010, p. 24).

Na realidade, estes escritórios veem os processos coletivos como fontes de investimento financeiro, que lhes trarão benefícios no caso de sucesso na demanda ou mesmo pela realização de acordos, graças às *contingent fees* e às *sucess fees*, ou seja, os contratos de *quota litis*, que preveem grandes percentuais dos benefícios econômicos auferidos no processo pelo grupo em favor dos advogados, modelo esse não admitido na Europa. (INCHAUSTI, 2010, p. 24).

Por fim, há de se notar diferenças no modo em que se pode confirmar ou definir a coletividade em cujo benefício se está litigando, havendo dois principais modelos nesse sentido, a saber: *opt in* (inclusão) e *opt out* (exclusão).

No primeiro modelo, é necessária a vontade expressa de um sujeito para que ele se considere membro do coletivo demandante e para que seja beneficiado pelos efeitos da decisão ou transação coletiva. No modelo de exclusão, ao contrário, se presume que todo sujeito que reúna um grupo de características específicas integra o coletivo demandante e que será diretamente afetado pela decisão ou transação que ponha fim ao processo, salvo se expressamente decidir excluir-se do processo no momento assinalado pela lei para esta opção.

No Brasil, a tutela coletiva tem um alcance amplíssimo, seja pelas referências constantes do artigo 1º da Lei 7.347/85 (LACP), pelo qual se admitem todas as espécies de provimentos jurisdicionais (condenatórios, constitutivos, declaratórios,

executivos *lato sensu* e mandamentais), bem como pelos termos do artigo 83 da Lei 8.078/90 (CDC), especificamente para as relações de consumo, ampliando as opções do artigo 3º da Lei 7.347/85, que continuará válido para outras matérias.

Ademais, o sistema processual brasileiro não admite financiamento privado das ações, muito menos pelo advogado, o que caracterizaria, inclusive, transgressão ética.

Todavia, é admitida a inversão do ônus financeiro da prova em desfavor do demandado, bem como vigorará, quanto aos efeitos da tutela, um sistema misto no âmbito dos interesses individuais homogêneos, no qual o membro do grupo terá o direito de optar por continuar sob a abrangência da ação coletiva – *right to opt in*, ou de se esquivar dos efeitos da coisa julgada coletiva- *right to opt out*.

A transação coletiva significa um acordo entre as partes litigantes acerca de condições vantajosas para ambos, de modo a garantir a conclusão do litígio, o que elimina a incerteza quanto ao eventual conteúdo da sentença. Garante à coletividade substituída na ação um benefício seguro e tangível, num curto espaço de tempo. No que diz respeito ao fornecedor, igualmente lhe será favorável a transação, na medida em que minimiza o tempo de exposição negativa de sua imagem institucional numa ação coletiva, bem como o risco financeiro de uma condenação judicial em patamares econômicos bem mais gravosos ao seu equilíbrio orçamentário.

Não se pode perder de vista que a transação, igualmente, beneficia os próprios advogados do coletivo demandante, sobretudo nos Estados Unidos, quando se convencionava previamente um percentual do benefício econômico auferido com a ação a título de honorários advocatícios.

De todo modo, uma transação coletiva só será aceitável e produzirá efeitos válidos se o demandado tiver a certeza e a segurança jurídica de que o acordo alcançado tenha eficácia subjetiva ampla e pacifique realmente o conflito subjacente. É necessário, também, que o fornecedor possa presumir que, celebrada a transação, não haverá lacunas que possam se converter em litígios futuros. (INCHAUSTI, 2010, p. 32).

Da mesma forma, quanto maior seja o âmbito subjetivo da transação, maior será a capacidade negociadora de quem atuar como demandante e maior será também o interesse do fornecedor em pactuar, motivo pelo qual deverão ser

considerados três elementos na transação coletiva: a controvérsia coletiva subjacente; o alcance do objeto do processo ativado pela ação coletiva; e, por fim, o conteúdo do acordo realizado, devendo, naturalmente, haver um elevado índice de coincidência entre o alcance da controvérsia e o conteúdo do acordo realizado, o que garantirá sua maior efetividade na transação como ferramenta para o encerramento do litígio. (INCHAUSTI, 2010, p. 32-33).

## 2.1 A TRANSAÇÃO COLETIVA NOS ESTADOS UNIDOS (*CLASS SETTLEMENT*)

O modelo das ações de classe do direito norte americano (*class actions*) encontra-se sistematizado pelas *Federal Rules of Civil Procedure*, no âmbito federal, pela legislação de cada Estado, no âmbito da jurisdição estadual, observando-se que a grande maioria das ações de classe acaba resolvendo-se por acordos, denominados de *class settlement*. (INCHAUSTI, 2010, p. 38).

O controle judicial de eventual acordo se inicia desde a análise dos requisitos para a própria admissibilidade da ação coletiva, ou seja, uma espécie de certificação judicial, a saber: *Numerosity* (o número de sujeitos que integram a classe é tão elevado que inviabiliza a acumulação subjetiva de ações de todos em um único processo); *Commonality* (identificação de questões jurídicas ou de fato, que são comuns a toda classe); *Typicality* (as pretensões que sustentariam a título individual os sujeitos que se apresentam como representantes da classe são do mesmo tipo que as pretensões de toda a classe); *Adequacy of representation* (os sujeitos que se apresentam para atuar como representantes protegerão de forma justa e adequada os interesses da classe). Por fim, haverá de existir a comprovação de que a situação concreta se enquadra no rol previsto na *Rule 23 (b)* a partir de uma perspectiva funcional.

El juez, cuyo papel aquí es mucho más activo, debe examinar al principio si se cumplen unos presupuestos determinados en el grupo de que se trata, y otros en el miembro o miembros de ese grupo que han presentado la demanda (certification).

-El grupo debe ser tan numeroso que debe ser imposible en la práctica el litisconsorcio.

-Deben existir unas cuestiones de hecho o de derecho comunes a todos los miembros del grupo.

-Las pretensiones o excepciones de los que acuden ante el tribunal deben ser cualitativamente similares a las que corresponden a los demás miembros del grupo que permanecen ausentes.

-Debe asegurarse que quienes actúen en el tribunal defendiendo el interés del grupo protegerán justa y adecuadamente estos intereses. La jurisprudencia ha establecido unos criterios para valorar si se produce esta adecuada representatividad: -La ausencia de conflictos entre los miembros del grupo que actúan ante el tribunal y los ausentes. - El aseguramiento de una protección efectiva por parte de los actúan. (INCHAUSTI, 2010, p. 40-41).

Como já referido anteriormente, em razão do amplo alcance material das ações coletivas, que não se limita à tutela do consumidor, poderão haver demandas e, por consequência, transações coletivas nos mais diferentes campos do Direito, desde questões relacionadas ao contencioso administrativo, Direito securitário, *mass-tort class actions* (danos com múltiplos prejudicados) e etc.

Em todo caso, nos Estados Unidos, as *class actions* se converteram em traço fundamental do sistema jurídico daquele país e instrumento de transformação constante da realidade socioeconômica da nação. Neste particular:

En Estados Unidos se asume que el control del correcto funcionamiento del mercado descansa también en la acción de los ciudadanos, que a través de class actions logran forzar que las empresas se adapten a cánones de conducta respetuosos con sus derechos y que con ellas también las disuaden de conductas impróprias. Y lo mismo sucede en matéria de “derechos civiles” muchos logros se han alcanzado a través del ejercicio de class actions frente a Administraciones públicas. (INCHAUSTI, 2010, p. 45).

Nesse sentido, a transação nas ações coletivas pode ocorrer em três momentos distintos, a saber: a) antes da interposição de uma demanda coletiva (menos comum e de menor força vinculante, usada com maior frequência para obtenção de provimentos declaratórios); b) depois do ajuizamento da ação, mas antes da certificação de sua natureza coletiva pelo Tribunal (ocasião em que deverá haver um rígido controle judicial na busca de uma sintonia entre o alcance da controvérsia e os efeitos subjetivos do acordo, evitando a ocorrência de fraudes ou abusos em prejuízo de terceiros); e c) depois da certificação da natureza coletiva da ação (de modo a minimizar o impacto financeiro de eventual condenação do fornecedor por sentença coletiva). (INCHAUSTI, 2010, p. 50-51).

No que diz respeito ao conteúdo da transação coletiva nos Estados Unidos, esta poderá ter os seguintes objetos: a) natureza cominatória de fazer e não fazer; e b) natureza condenatória (*monetary relief*), pretendendo a reparação por perdas e danos (*damages or punitive damages*), que poderá ser arbitrada individualmente (*individual monetary relief*) ou dano coletivo indivisível e para toda a classe (*aggregate monetary relief*), cuja quantificação poderá depender de um perito judicial. (INCHAUSTI, 2010, p. 52-54).

Há de se considerar, também, os mecanismos de *cy pres distribution*, quando se determina que o dinheiro da condenação seja utilizado em benefício indireto da classe, seja através de um terceiro (público ou particular) para uma finalidade determinada, mas em benefício da classe. Ex: Hospital para tratamento de câncer, Entidades Filantrópicas e etc. (INCHAUSTI, 2010, p. 55).

Ainda, como modalidades da *cy pres distribution*, tem-se a *price reduction distribution*, que seria uma redução generalizada dos preços de produtos ou serviços em benefícios de membros futuros da classe, que participem de atos similares àqueles que deram origem ao processo, como também a *coupon settlement*, quando se coloca à disposição dos integrantes da classe cupons de desconto, que lhes permite adquirir produtos a preços menores, muito embora traga como efeito colateral o fato de que obriga as vítimas da conduta ilícita a continuar consumindo produtos do fornecedor infrator. (INCHAUSTI, 2010, p. 55).

Da mesma forma, de modo a não comprometer a própria eficácia da decisão condenatória, se instituiu um modelo de execução fluída (*fluid recovery*), evitando o desperdício de valores obtidos numa condenação ou transação coletiva, a serem distribuídos indiretamente para a classe atingida.

Outrossim, a eficácia plena da transação coletiva pressupõe a homologação judicial do acordo, o que dependerá da verificação das seguintes condições: a) a proporcionalidade entre o número de pessoas atingido pela prática abusiva e o montante oferecido pelo demandado para pagamento; b) a reação positiva ou negativa dos membros da classe quanto à proposta de acordo; c) a fase em que o processo se encontra e o nível de convencimento probatório produzido até o momento da proposta de acordo. (INCHAUSTI, 2010, p. 58).

Para que seja possível verificar as condições acima, o Tribunal deverá: 1) dar conhecimento do conteúdo da transação a todos os potenciais interessados ou atingidos pela conduta ilícita objeto da ação, o que garantiria não só a amplitude dos direitos, mas a própria eficácia posterior da transação; 2) tomar conhecimento prévio de todas as negociações prévias entre os litigantes, de modo que seja possível aferir que se desenvolveram em condições de igualdade; 3) celebrar uma audiência especial (*fairness hearing*), através da qual as partes terão a finalidade de convencer o juiz acerca da viabilidade da transação coletiva; 4) receber e processar objeções à celebração do acordo oriundas de integrantes da classe ou de terceiros eventualmente prejudicados, mesmo que indiretamente, pelos efeitos do acordo. (INCHAUSTI, 2010, p. 59).

À semelhança do que ocorre no Direito brasileiro, o membro da classe terá o direito de requerer sua exclusão dos efeitos da transação coletiva (*opt out*), garantindo-lhe o direito de litigar isoladamente em seu processo individual, podendo negociar uma transação nos moldes que melhor lhe aprouver, quando, por exemplo, não concordar com as obrigações impostas ao fornecedor ou quando considerar o valor da indenização demasiado baixo para a gravidade da ofensa.

Todavia, as objeções individuais, conquanto possam interferir na convicção do magistrado acerca da eficácia da transação, fazendo-o rever, por exemplo, o montante indenizatório, em sendo as mesmas rechaçadas, a transação será levada a efeito, ou seja, um membro ou pequeno grupo de membros da classe não poderá inviabilizar a transação coletiva, caso sua impugnação seja mal sucedida, levando-se em conta a necessidade de se manter o efeito vinculante da transação, não apenas para o fornecedor obrigado, mas para a classe beneficiada, em respeito à própria ideia de segurança jurídica.

## 2.2A TRANSAÇÃO COLETIVA NA HOLANDA

Embora de influência norte-americana, na Holanda, a Lei de Transação Coletiva em Matéria de Danos em Massa (*Wet collectieve afwikkeling massaschade*), de 2005, traz significativas diferenças de sua congênere americana, dentre as quais se destacam: a) a celebração de acordo em demandas coletivas poderá ser levada a

efeito à semelhança da legitimação para a propositura das ações coletivas, ou seja, apenas por organizações representativas, jamais pelo sujeito individualmente considerado; b) estão expressamente excluídas as ações coletivas que objetivem condenação em pecúnia, como a reparação dos danos sofridos pela classe ou pluralidade de sujeitos, mas apenas tutelas abstratas de alcance difuso e de cunho executivo *lato sensu* (ações cominatórias de obrigações de fazer ou tutelas inibitórias), ou mesmo constitutivas (revisões e anulações de cláusulas ou contratos abusivos). (INCHAUSTI, 2010, p. 67-69).

Em termos procedimentais, há, também, a exigência prévia de uma tentativa de conciliação entre as partes antes da formalização do litígio na esfera judicial, residindo, nesta etapa, uma grande oportunidade para a celebração de um acordo coletivo que venha a beneficiar a todos os membros da classe.

Em outras palavras, conquanto não se admita ações coletivas de natureza condenatória no Direito holandês, a simples condição prévia de admissibilidade das ações coletivas de tentativa de acordo preliminar torna possível a transação coletiva, mesmo com efeito de reparação civil por danos, a qual, em sendo homologada judicialmente<sup>1</sup> produzirá força vinculante a todos os membros da coletividade atingida pela conduta objeto da pretensa ação coletiva, excetuando-se apenas aqueles que, após prévia divulgação oficial, desejarem expressamente não serem atingidos pelos efeitos do acordo, para poderem discutir a questão no âmbito individual subjetivo (*right to opt out*). (INCHAUSTI, 2010, p. 70).

O papel a ser desempenhado pelo Judiciário não se limita à verificação dos aspectos formais do acordo, mas, sobretudo, de seu conteúdo, até pelo seu alcance *ultra partes*, de modo a apurar se as obrigações constantes da transação satisfazem de maneira plena os interesses da coletividade atingida pela conduta ilícita, levando-se em consideração uma real proporcionalidade ou ponderação de fatores, como a gravidade da conduta ilícita do demandado, repercussão do dano na esfera pessoal e patrimonial da classe, eventual recorrência da infração, adoção ou não de medidas mitigadoras dos danos, coeficiente de entendimento do infrator acerca dos seus deveres para com a coletividade de consumidores atingida, dentre outros.

---

<sup>1</sup> Homologação que deverá ocorrer no Tribunal de Apelação em Amsterdam.

### **3 A TRANSAÇÃO COLETIVA NO BRASIL**

Portanto, com base nas bem sucedidas experiências norte-americana e holandesa, se tornará possível forjar um modelo de transação coletiva no âmbito do Direito brasileiro, visando atribuir a esta prática um maior nível de sistematização e eficácia, uma vez que embora permitida a transação judicial ou extrajudicial no âmbito da tutela coletiva do consumidor (não há qualquer referência obstativa ou proibitiva no microsistema normativo de proteção do consumidor); tal possibilidade ainda é a exceção e, quando ocorre, se revela insatisfatória e de força vinculante precária, sobretudo para o fornecedor, em razão de lacunas e da não observância de possíveis de critérios objetivos pelos legitimados ativos na defesa coletiva, que dariam maior segurança aos termos do acordo, seja para os seus substituídos processuais, seja para o próprio fornecedor.

Não há dúvida de que as condições e parâmetros de controle formal e material do acordo sugeridos pela legislação estrangeira, seja antes de formalizada a ação, através de eventual Termo de Ajustamento de Conduta, seja após sua judicialização, dariam novo fôlego à tutela coletiva do consumidor, ampliando sobremaneira as possibilidades de uma transação segura, vinculante e satisfatória para ambas as partes.

#### **3.1 O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUÇÃO E SUAS VIRTUDES**

É possível identificar o Termo de Ajustamento de Conduta como uma espécie de transação coletiva no âmbito extrajudicial, razão pela qual serão identificadas suas características principais.

##### **3.1.1 Previsão legal**

O termo de ajustamento de conduta (TAC) foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 113 do CDC, que inseriu o parágrafo 6º no artigo 5º da LACP, *in literis*:

§6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

### 3.1.2 Competência

Todos os órgãos públicos legitimados do artigo 82 do CDC poderão celebrar termos de ajustamento de conduta, como instrumento jurídico hábil à formalização de obrigações específicas de fazer, não fazer, dar, bem como pecuniárias.

A competência será verificada à semelhança do que ocorre com a propositura das ações coletivas, ou seja: a legitimação será extraordinária, concorrente, disjuntiva e não exclusiva, com a única diferença de que o TAC só poderá ser redigido e levado a efeito por órgão público, o que exclui as associações representativas de defesa do consumidor, muito embora possam se fazer presentes como intervenientes ou testemunhas das obrigações estabelecidas no termo.

Da mesma forma, é importante destacar a natureza disjuntiva e não exclusiva da legitimidade, pois além de não haver a necessidade de autorização prévia dos demais entes para a assinatura do TAC por um dos legitimados (caráter disjuntivo), cada qual possuirá também autonomia para a fiscalização e, naturalmente, execução, na hipótese de descumprimento, mesmo que o legitimado original não o faça.

Defende-se, portanto, que a execução coletiva do termo de ajustamento de conduta na via judicial poderá ser de iniciativa de outros legitimados, caso o órgão responsável pela formalização do instrumento protele ou se recuse a dar efetividade às obrigações ali contempladas, pois uma das grandes vantagens da legitimação extraordinária é permitir que todos os autores coletivos exerçam suas competências de forma autônoma, mas que possam, também, se fiscalizar reciprocamente.

### 3.1.3 Alcance da tutela

É importante registrar que o compromisso de ajustamento de conduta não constitui uma transação substancial ou renúncia em relação ao direito material coletivo envolvido, que será indisponível, mas representa sim uma espécie de reconhecimento

prévio, por parte do infrator, de eventual futuro pedido em ação coletiva, ou seja, através do TAC, o infrator não apenas assume sua responsabilidade pelo ato ilícito, como também se compromete a reparar os danos causados à coletividade, seja através de obrigações específicas de fazer, não fazer ou dar, seja através de compromisso pecuniário.

Neste particular, Almeida (2003, p. 358) esclarece: “Assim, poderão ser pactuados a forma e o prazo de reparação do dano causado ao direito coletivo, mas desde que não signifiquem indiretamente inviabilização do próprio direito coletivo.”.

Todos os interesses meta individuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) podem ser contemplados no termo de ajustamento de conduta, cominando-se obrigações específicas de fazer, não fazer e dar, como também de natureza pecuniária, com prazos específicos e multas por eventual descumprimento.

No que pertine à indisponibilidade, é certo que tal característica deverá se manter preservada em razão do próprio alcance coletivo da tutela e da legitimação extraordinária que não torna os demandantes titulares dos direitos discutidos no processo, muito embora isso não exclua a possibilidade das partes transigirem acerca do modo de cumprimento das obrigações. Tal possibilidade, no âmbito dos interesses individuais homogêneos, fica bastante evidente, quando se verifica uma verdadeira relativização dessa indisponibilidade, por ocasião da quantificação dos danos concretos aos consumidores, que se apresentam interligados por uma mesma situação fática desfavorável causada pelo fornecedor.

Nesse particular, esclarecedora é a opinião de Fernando Gascón Inchausti (2010, p. 156):

Eso si, el hecho de que los protagonistas del proceso no sean titulares de los derechos involucrados y no puedan en sentido estricto disponer de ellos, no se opone a la posibilidad de reconocerles un poder de disposición sobre la forma de solucionar la controversia generada por la conducta del demandado que ha afectado de algún modo a ese bien supraindividual: no se estaría disponiendo, pues, sobre el bien jurídico en cuanto tal, sino que se estaría pactando acerca del modo em que se puede considerar eficazmente reparada, a satisfacción de todos, la lesión que se le ha ocasionado al bien en cuestión. Disponer acerca de estos extremos no comporta en sentido propio disponer de un bien jurídico supraindividual; pero, en lo que ahora importa, gracias a estos pactos las partes de proceso asumen compromisos recíprocos que permiten poner fin al proceso: y esa es la esencia de la transacción como contrato procesal.

Em outras palavras, a transação coletiva e seu consequente efeito de relativização do caráter indisponível dos interesses transindividuais não incide sobre os bens jurídicos em si (vida, saúde, incolumidade, liberdade do consumidor, pois não há dúvida de que se mantêm incólumes e sua integridade preservada), mas seu objeto diz respeito apenas quanto ao modo de reparação aos danos a eles causados, o que poderá ser flexibilizado para garantir uma rápida e eficaz solução da controvérsia para ambas as partes, seja para a coletividade de consumidores, que não terá sua expectativa ainda mais frustrada pelos efeitos deletérios do tempo na solução do processo e pelo risco de um resultado total ou parcialmente desfavorável; bem como para o fornecedor que, através de um acordo judicial, minimiza o risco de agravar seu custo financeiro e institucional com a continuidade do processo e, sobretudo, com o eventual reconhecimento da procedência dos pedidos de uma ação coletiva.

Todavia, não se pode perder de vista que o conteúdo da transação deverá guardar identidade precisa com a relevância coletiva e com o alcance social dos interesses em discussão, identificando-se a precisa legitimidade extraordinária dos demandantes e, não menos relevante, acurado controle judicial, perquirindo-se sobre a ampla e efetiva reparação dos bens jurídicos lesados, seja através de uma *fairness hearing*, onde se avaliará a eficácia dos compromissos assumidos, seja através de peritos que possam melhor definir ou quantificar esses danos e obrigações; evitando fraudes ou resguardando a faculdade de que o consumidor afetado tenha a opção de se desvincular do acordo coletivo (*right to opt out*), discutindo seu interesse em demanda individual autônoma.

A partir de sua homologação judicial, a transação coletiva produziria efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, dependendo do interesse coletivo em jogo, possuindo força preclusiva e executiva.

#### 3.1.4 Natureza executiva

A grande virtude processual do TAC é servir de título executivo extrajudicial em eventuais execuções coletivas ou individuais, o que evita uma prolongada discussão judicial em processo de conhecimento acerca das obrigações ali

estabelecidas e acaba por antecipar, em favor do consumidor, o resultado útil do processo.

### 3.1.5 Possibilidade de execução individual do Termo de Ajustamento de Conduta

Questão relevante surge quanto à possibilidade de um consumidor portador de interesse individual subjetivo contemplado sob a forma individual homogênea em termo de ajustamento de conduta poder lançar mão do instrumento como título executivo extrajudicial em execução individual em face do fornecedor signatário do acordo.

Considerando que já restou consolidada a legitimação plena das entidades previstas no artigo 82 do CDC na defesa dos interesses individuais homogêneos, inclusive, no âmbito do Ministério Público, não há dúvida que a atuação administrativa e extrajudicial dos órgãos públicos que integram aquele rol, através da celebração de termos de compromisso ou ajustamento de conduta (TAC), previstos no parágrafo 6º do artigo 5º da LACP, constitui medida eficaz para a rápida e satisfatória solução das controvérsias no âmbito coletivo da tutela consumerista.

Outrossim, urge refletir acerca de questão prática acerca da extensão dos efeitos executivos do termo no âmbito individual da tutela.

Por exemplo, o Ministério Público abraça a questão de um condomínio residencial composto por dezenas de famílias, recentemente entregue pela construtora com vários vícios de construção, relativos a falhas de acabamento e estruturais, além de outras condutas ilícitas com repercussão individual na esfera subjetiva dos condôminos, tais como oferta e publicidade enganosas, danos morais e materiais.

Com a conclusão do inquérito civil, as partes chegam a um consenso quanto à assinatura de um termo de ajustamento de conduta, no qual a construtora se vinculará a uma série de obrigações específicas, tais como realizar as obras de reparo, as de natureza pecuniária, no sentido de custear as despesas de hospedagem e alimentação das famílias durante a realização dos serviços, cominando-se prazos e multa na hipótese de inadimplência.

Vencidos os prazos, observa-se o descumprimento parcial do ajuste, em relação às obrigações específicas e pecuniárias, mas o Promotor de Justiça responsável protela a execução do instrumento, minimizando os efeitos do descumprimento do termo, gerando a insurgência dos condôminos quanto à continuidade daquela substituição procedimental, ocasião em que o condomínio contrata advogado particular para lhe representar na esfera judicial.

Nesse caso, poderia o condomínio utilizar o termo de ajustamento de conduta celebrado com o mesmo fornecedor no âmbito do Ministério Público como título executivo extrajudicial, promovendo-se a execução das obrigações de fazer e pecuniárias ali constantes com base no artigo 778, §1º, I do CPC/2015?

A resposta será afirmativa, porque o inciso IV do artigo 784 do CPC/2015 confere a qualquer instrumento de transação celebrado no Ministério Público, Defensoria Pública e congêneres força executiva necessária a justificar uma execução autônoma, até porque a análise combinada do §6º do artigo 5º da LCAP com o inciso XII do artigo 784 do CPC/15 ratificam a natureza executiva do TAC.

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

[...]

XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

Ademais, por uma questão de analogia *legis* com os artigos 95, 97 e 98 do CDC, estender-se-á para o título executivo extrajudicial coletivo (TAC) as mesmas características e utilidades verificadas na defesa dos interesses individuais subjetivos presentes no título executivo judicial (coisa julgada coletiva), não apenas por uma questão de coerência, mas também teleológica.

Não parece razoável considerar a possibilidade de execução individual de uma sentença coletiva proferida na defesa de interesse individual homogêneo por intermédio de substituto processual, como autorizam os artigos 97 e 98 do CDC, até pela natureza genérica da decisão (artigo 95 do CDC) e, em situação idêntica, porém, na posse de título executivo extrajudicial (TAC), excluir tal possibilidade. Isso obrigaria

o titular de interesse individual subjetivo a utilizar aquele termo de ajustamento de conduta como mera prova documental, em processo de conhecimento ritualizado e lento, com a finalidade de convalidar sob o manto judicial um instrumento que, pela lei, já dispensaria tal discussão judicial prejudicial ao consumidor.

Portanto, a execução individual e subjetiva dos termos de compromisso, acordos e termos de ajustamento de conduta, celebrados no âmbito dos órgãos públicos legitimados na defesa dos interesses individuais homogêneos é perfeitamente possível e legalmente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, cabendo ao exequente provar o nexo de interdependência entre o seu interesse individual subjetivo e as obrigações constantes do instrumento.

### 3.1.6 Arquivamento e rescisão

No âmbito do Ministério Público, após a assinatura do instrumento, para que haja o reconhecimento formal de que as obrigações entabuladas pelas partes foram cumpridas, haverá a necessidade de se submeter a devida comprovação ao Promotor de Justiça responsável e, em caso de anuência, que haja, ainda, a homologação do arquivamento pelo Conselho Superior do Ministério Público, como uma espécie de segunda instância de avaliação acerca da eficácia e adequação das obrigações ali encerradas, a justificar o encerramento parcial ou total das investigações a propósito da questão.

Em havendo aquiescência quanto à satisfação total ou parcial do conteúdo do instrumento, o Conselho Superior determinará o seu arquivamento, enquanto que, na hipótese de discordância, encaminhará os autos ao Procurador-Geral de Justiça, para designação de um novo Promotor, que dará prosseguimento às investigações à execução do instrumento.

Há de se ressaltar, também, a hipótese de rescisão do TAC por qualquer das partes signatárias, desde que por meio de ação anulatória, cabendo à parte requerente comprovar o inadimplemento obrigacional da outra.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Neste particular, não parece acertada a opinião de Hugo Mazilli, quando reconhece a possibilidade do compromisso de ajustamento ser rescindido “voluntariamente” pelo mesmo procedimento pelo qual foi feito (MAZILLI, 1997, p. 302). Ora, se o desfazimento do vínculo é um ato voluntário, a figura da

### 3.2 MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NAS AÇÕES COLETIVAS

Conquanto se reconheça que o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) foi concebido com o objetivo nobre de prestigiar a mediação e a conciliação, como ferramentas eficazes para a solução dos litígios, ante à crescente litigiosidade social e a, cada vez mais, evidente incapacidade do Judiciário de lidar com a massificação das demandas, sua implementação acabou gerando grave efeito colateral quanto à duração razoável do processo, na medida em que o réu (fornecedor) foi premiado com a elevação substancial do seu prazo de defesa, cujo termo inicial seria contado a partir da audiência do artigo 334, do referido diploma legal, sem, no entanto, empenhar-se em apresentar propostas sérias para o encerramento da lide. Ao contrário, se locupleta da dificuldade do Judiciário seja no que pertine à demora na designação das audiências, seja pela habitual ausência do magistrado ou de mediador com capacidade técnica para favorecer uma solução consensada e minimamente equilibrada pelas partes.

Ocorre que, na relação de consumo, essa realidade se revelou um problema ainda mais grave pelo crescimento exponencial dos conflitos, seja pelo maior grau de conscientização dos consumidores, seja pelo menor nível de investimento no processo produtivo, o que implicou na deterioração da qualidade e segurança dos bens de consumo.

Ademais, o projeto de reforma do CDC (Projeto de Lei 282/2012), indo ao encontro de meios alternativos à solução de conflitos e de novas ferramentas de instrução processual, pretendeu introduzir no âmbito do processo coletivo a mediação, a arbitragem, bem como a participação popular no processo dialético de construção

---

resilição se afigura como mais adequada, porquanto a rescisão pressupõe o inadimplemento total ou parcial quanto aos termos do contrato. Nesse particular, se houver descumprimento, não parece factível que o Ministério Público possa transigir e dispor acerca do interesse coletivo, para aceitar eventual pedido de rescisão, ao contrário, deverá levar a efeito a natureza executiva do termo e garantir a execução judicial forçada das obrigações ali estabelecidas. Da mesma forma, se a iniciativa da rescisão for do fornecedor pelo descumprimento das obrigações do Ministério Público, quando, por exemplo, imputada ao devedor obrigação diversa daquelas pactuadas, *ipso facto*, a única via plausível para discussão das razões controversas será a judicial, por meio da ação anulatória.

da prova, através das audiências públicas, com representantes dos mais diferentes segmentos sociais, com o objetivo de fortalecer as convicções racionais do julgador.

Todavia, o projeto foi arquivado no âmbito do Senado Federal em dezembro de 2015, em claro atentado à necessidade de aperfeiçoamento da tutela processual coletiva do consumidor, porém, a despeito do arquivamento, as ideias e objetivos imanentes ao projeto merecem destaque em manifesto esforço doutrinário que favoreça a retomada do debate político acerca de sua premente utilidade para o atual estágio da sociedade de consumo no Brasil, caracterizada pela hiperjudicialização dos conflitos.

Por exemplo, o artigo 90-H do projeto de lei, em seu inciso IV, previa a possibilidade do juiz encaminhar o caso para avaliação neutra de terceiro (mediação), designado por ele, de confiança das partes, cuja avaliação será entregue diretamente às partes, extra autos, e será sigilosa, inclusive para o juiz, não podendo influir sobre a formação de seu conhecimento, nem tampouco será vinculante para as partes, buscando apenas orientá-las na composição amigável do conflito, ressalvas essas contidas nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

Vê-se, portanto, que o juiz poderia fazer da mediação uma ferramenta com vistas a conduzir às partes a uma solução de consenso efetivo no processo, sendo essa perspectiva uma constante em várias passagens do texto reformador, como se percebe nos seguintes dispositivos:

Art.90-F. O juiz, apreciado eventual requerimento de medida de urgência, designará audiência de conciliação, no prazo máximo de quinze dias, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil.

§ 1º A audiência de conciliação será conduzida por mediador ou conciliador judicial, onde houver, nos termos da legislação em vigor.

Art.90-P. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, o juiz ou relator poderá tentar a conciliação.

Nesse caso, fica evidente uma postura mais ativa do juiz quanto ao convencimento das partes acerca das virtudes da conciliação, o que não se vê nos dias de hoje, muito embora no primeiro caso, no artigo 90-F, não seja recomendável que a apreciação do pedido de urgência fique condicionada à realização da audiência de conciliação, o que, pela pauta congestionada de nosso Judiciário, tende a ocorrer

muito depois do ajuizamento da demanda, podendo comprometer a própria eficácia do provimento de urgência requerido na inicial.

Quanto às audiências públicas, o Supremo Tribunal Federal foi pioneiro em sua utilização como elemento adicional de convicção no julgamento de casos emblemáticos de nossa história processual recente, tais como pesquisas com células-tronco embrionárias, uso de amianto, “lei seca”, cotas em universidades públicas, anencefalia, importação de pneus usados e judicialização do direito à saúde.

O ano de 2013 consolidou a importância das audiências públicas, com a realização de sete encontros no Supremo Tribunal Federal, em que especialistas e representantes da sociedade apresentaram aspectos técnicos, científicos e práticos de questões como a proibição de queimadas em canaviais, os efeitos do campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia, as condições do sistema penitenciário brasileiro, o financiamento de campanhas eleitorais, a questão das biografias não autorizadas e o Programa “Mais Médicos”.

Naqueles casos, participaram do debate racional os mais diferentes segmentos da sociedade, dentre os quais grupos religiosos, segmentos médicos e científicos, partidos políticos, agremiações feministas e liberais, enfim, todos tiveram a possibilidade de influir no diálogo com suas diferentes posições jurídicas acerca dos assuntos em julgamento na instância máxima do Judiciário brasileiro.

E foi justamente essa a tônica do PL 282/2012, quando tentou introduzir formalmente a utilização das audiências públicas no processo coletivo de consumo, conforme disposição no artigo 90-Q, *in literis*:

Art.90-Q. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas e membros da sociedade, de modo a garantir a adequada cognição judicial.

Assim sendo, revela-se mais do que oportuna a retomada da discussão legislativa acerca das ferramentas multiportas de solução de conflitos, rompendo-se com um monopólio judicial, há muito, cambaleante em promover a segurança jurídica ao consumidor. Da mesma forma, é chegado o momento de se resgatar soluções alternativas já à disposição do consumidor compreendido como categoria, como a

transação coletiva, utilizando-se as referências positivas do direito estrangeiro num permanente esforço de atualização da tutela transindividual dos interesses do consumidor.

## **CONCLUSÃO**

Em razão da própria cultura jurídica belicosa da sociedade brasileira e excessivamente dependente de um pronunciamento judicial, o acordo acaba nunca sendo visto como a primeira ou a melhor opção para o encerramento do litígio, o que repercutirá na indefinição da controvérsia por um longo prazo de espera processual, quando não repercute de modo ainda mais negativo na descrença do jurisdicionado e da coletividade de consumidores na capacidade de atuação efetiva e profissional dos legitimados extraordinários em sua defesa processual, ou mesmo na própria autoridade do Judiciário, que não consegue garantir o princípio constitucional da razoável duração do processo.

Não é difícil se convencer de que é preciso aprofundar o conceito de justiça “multiportas” - sistema de múltiplas portas (*Multidoor Courthouse System*) – (SALES; SOUSA, 2011, p. 205), pois o Judiciário será uma forma de terceirização do conflito, em que, necessariamente, haverá um perdedor e um ganhador, enquanto em soluções autônomas como através da convenção coletiva ambos os contendores saem vitoriosos.

O consumidor deve despertar para a necessidade de assumir responsabilidades e fazer escolhas conscientes, sobretudo no âmbito da solução de seus conflitos com o fornecedor, passando a ter uma postura menos dependente em relação à mítica imagem construída do juiz como o “redentor” dos problemas sociais.

O menosprezo jurídico a que está submetido o consumidor decorre tanto do gerenciamento amador na entrega da prestação jurisdicional, quanto do sentimento de vantagem econômica inegável para o fornecedor em sua análise econômica do custo na perpetuação do litígio, ao compará-lo com os valores aviltantes das condenações, ou mesmo por soluções administrativas improvisadas que reforçam a

posição jurídico-econômica do réu, que o impede de assumir uma postura ética na assunção de seus deveres na ordem jurídica de consumo.

Em dezembro de 2015, a comunidade jurídica se viu surpreendida com o arquivamento sumário do Projeto de Lei 282/2012, que tratava do aperfeiçoamento da legislação processual coletiva em matéria de consumo, mesmo após um produtivo debate político por meio de audiências públicas que amadureceu o projeto de acordo com os anseios sociais da sociedade pós-moderna de consumo e que produziria profundas inovações em favor da proteção consumerista, corrigindo muitas das distorções e lacunas do sistema processual coletivo brasileiro, sobretudo pela abertura de novas vias de prevenção e solução de conflitos coletivos de consumo.

Nesse sentido, revela-se mais do que prudente e conveniente utilizar a experiência estrangeira para confrontar e melhor interpretar alguns movimentos legislativos e judiciais refratários à expansão da tutela processual coletiva do consumidor no Brasil, de modo que se possa ampliar a perspectiva do debate acerca da proteção consumerista para sua dimensão transindividual, evidenciando suas virtudes e benefícios para o mercado de consumo, melhor qualificando e profissionalizando a atuação dos legitimados extraordinários e insistindo no aperfeiçoamento do sistema coletivo como um todo, tanto no âmbito judicial, mas também em frentes extrajudiciais, como no caso da ocupação dos espaços de cidadania instrumental da Política Nacional das Relações de Consumo (VERBICARO, 2016), como por exemplo através das audiências públicas, conselhos, convenções coletivas de consumo e transações coletivas judiciais e extrajudiciais.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra. ***Direito processual coletivo brasileiro***: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo. ***La protección jurisdiccional de los intereses de grupo***. Barcelona: José María Bosh Editor, S.A, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Coautoria en Manual Básico de Protección de los Consumidores y Usuarios*. Salamanca: Caja Duero, 2006.

INCHAUSTI, Fernando Gascón. ***Tutela Judicial de los Consumidores y Transacciones Colectivas***. Pamplona: Thomson Reuters. Editorial Aranzadi, 2010.

MAZILLI, Hugo Nigro. ***A defesa dos interesses difusos em juízo***. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. **O sistema de múltiplas portas e o Judiciário brasileiro**. *Direitos fundamentais & Justiça*, ano 5, nº 16, p. 204-220, jul./set. 2011.

VERBICARO, Dennis. ***Espaços Políticos de Deliberação no âmbito da Política Nacional das Relações de Consumo e seus desafios***. 2016. Trabalho apresentado no V Encontro Internacional do CONPEDI, Montevidéu, 2016.