

O ENIGMA DA TUTELA COLETIVA NA EUROPA^{1,2,3}

EUROPE'S COLLECTIVE REDRESS CONUNDRUM

Stefaan Voet

Professor Associado da Universidade de Leuven (Bélgica) e
Professor convidado da Universidade de Hasselt (Bélgica). E-mail: stefaan.voet@kuleuven.be.

RESUMO: O artigo objetiva realizar observações pontuais e relevantes sobre a tutela coletiva na Europa, tema controvertido e enigmático, mas que tem recebido cada vez mais atenção dos agentes políticos europeus. Analisa-se, nesse ínterim, a possibilidade de utilização de instrumentos compensatórios coletivos para regular situações de dano de massa e quais as respostas dadas pela Europa no atendimento dessa demanda. Por fim, imperioso se torna ressaltar que o presente artigo não visa a inferir a superioridade de determinados modelos, objetivando tão somente descrever o cenário atual, de maneira crítica, na tentativa de otimizar todas as opções para uma melhor tutela dos danos coletivos.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela coletiva; Europa; enigma.

ABSTRACT: The article aims to do specific and relevant observations regarding the collective redress in Europe. This is a polemic and enigmatic subject, which has been receiving increasing attention from European political agents. It is also be analyzed the possibility of using collective redress instruments to regulate situations of mass damage, as well as the responses given by Europe to this demand. Finally, it is imperative to emphasize

¹ Artigo recebido em 03/09/2021, sob dispensa de revisão.

² Tradução para o português do artigo intitulado *Europe's Collective Redress Conundrum* realizada por Larissa Clare Pochmann da Silva, Carla Teresa Bonfadini de Sá, Fabiana Marcello Gonçalves Mariotini, Alanna Martins e Maria Eduarda de Paiva Miguez. O referido artigo, escrito pelo Prof. Stefaan Voet, foi publicado, no ano de 2018, na edição nº 61 do *Japanese Yearbook of International Law*.

³ A lei foi apresentada em 1º de maio de 2018. Este capítulo é baseado no artigo *Where the Wild Things Are – Reflections on the State and Future of European Collective Redress*. In: KEIRSE, Anne; LOOS, Marcos. *Waves in Contract and Liability Law in Three Decades of Ius Commune*. Reino Unido: Intersentia, 2017, p. 105-140.

that the present paper does not have the pretension to state if there is some superior model of protection and compensation. The article only intends to critically describe the current scenario, in an attempt to optimize all options for better protection of the collective damages.

KEYWORDS: Collective redress; Europe; conundrum.

Introdução

Neste breve texto, serão feitas algumas observações gerais sobre o atual debate sobre a tutela coletiva na Europa. Semelhante a muitas outras partes do mundo, a tutela coletiva continua sendo um tópico polêmico. Há controvérsia nos vários Estados-Membros da União Europeia (UE). As questões recorrentes são: precisamos de mecanismos de tutela coletiva⁴? Como eles devem ser projetados? Eles vão realmente oferecer proteção coletiva? Haverá uma utilização abusiva? Existem alternativas?

A maioria dos Estados-Membros europeus adotou mecanismos de tutela coletiva ou semelhantes⁵. Na maior parte das jurisdições, esses mecanismos possuem uma natureza setorial, o que significa que seu escopo se limita a versar sobre o direito do consumidor ou da concorrência. A legitimidade geralmente é atribuída a associações, fundações (não são legitimados indivíduos) ou entidades públicas. A maioria dos Estados-Membros escolhe o sistema *opt-in*, enquanto outros escolhem o *opt-out* ou sistemas mistos. Há tantas variações quanto países. Essas variações não serão aqui abordadas⁶.

Ao longo dos anos, a reparação coletiva tem recebido cada vez mais atenção dos mentores de políticas europeias, impulsionando a agenda consumerista e de defesa da concorrência. Até o momento, falta uma estrutura clara, abrangente, uniforme e bem pensada. Ela representa um enigma. Pretende-se resolver este problema. Para isso, nos três

⁴ As ações coletivas são ações representativas: são realizadas por um representante que atua em nome de um grupo de pessoas que enfrentam questões factuais e / ou jurídicas iguais ou semelhantes, que não são partes no processo, mas também estão vinculadas pelo efeito da coisa julgada.

⁵ Veja Christopher Hodges; Stefaan Voet, “Delivering Collective Redress: New Technologies” (2018), pp. 43-143. Veja também o site do projeto Global Class Actions Exchange Network, disponível em <<http://globalclassactions.stanford.edu>>, contendo relatório de diversos países.

⁶ Para um panorama recente, consulte “The British Institute of International and Comparative Law, State of Collective Redress in the EU in the Context of the Implementation of the Commission Recommendation”, JUST/2016/JCOO/FW/CIVL/0099, Novembro, 2017, available at <http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=612847>.

primeiros capítulos (I-III), há a descrição do estado atual das coisas. Nos capítulos subsequentes (IV-VII), há quatro observações gerais.

I. Recomendação de Reparação Coletiva da Comissão Europeia

Em 2013, a Comissão Europeia publicou sua Recomendação sobre princípios comuns para mecanismos de tutela coletiva inibitórios e compensatórios nos Estados-Membros relativos a violações dos Estados-Membros da União Europeia (doravante referida como "Recomendação")⁷. A Comissão recomenda que todos os Estados-Membros tenham mecanismos de tutela coletiva nas áreas em que o bloco concede direitos aos cidadãos e às empresas: proteção do consumidor, concorrência, proteção de dados pessoais, legislação de serviços financeiros e proteção de investidores. O objetivo não é harmonizar os sistemas nacionais, mas estabelecer um marco para os mecanismos de reparação coletiva judiciais (inibitório e compensatório) e extrajudiciais. A Comissão deseja facilitar o acesso à justiça, cessando práticas ilegais, e permitir que as vítimas de danos de massa obtenham reparação, ao mesmo tempo em que fornece salvaguardas processuais adequadas para prevenir litígios abusivos⁸.

Embora esses conceitos sejam abertos, a Recomendação estabelece que os procedimentos de reparação coletiva devem ser justos, equitativos, tempestivos e não onerosos⁹. A Recomendação se aplica à tutela inibitória e ressarcitória¹⁰. A primeira é "*um mecanismo legal que garante a possibilidade de reivindicar a cessação de comportamentos ilegais coletivamente por duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas ou por uma entidade com direito a uma ação representativa*". A segunda é "*um mecanismo legal que garante a possibilidade de requerer indenização coletiva por duas ou mais pessoas naturais ou*

⁷ *Official Journal* L 201, July 26, 2013, p. 60. Para uma análise, veja Csongor István Nagy, "The European Collective Redress Debate after the European Commission's Recommendation: One Step Forward, Two Steps Back?," *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 22, No. 4 (2015), p. 530; Elisabetta Silvestri, "Towards a Common Framework of Collective Redress in Europe? An Update on the Latest Initiatives of the European Commission," *Russian Law Journal*, Vol. 1, No. 1 (2013), p. 47; John Sorabji, "Reflections on the Commission Communication on Collective Redress," *Irish Journal of European Law*, Vol. 17, No. 1 (2014), p. 62. Para uma conferência, veja Stefaan Voet, "European Collective Redress: A Status Quaestionis" *International Journal of Procedural Law*, Vol. 4, No. 1 (2014), pp. 101-106.

⁸ Artigo 1º e considerandos 10 e 13 da Recomendação.

⁹ Artigo 2º da Recomendação.

¹⁰ Artigo 3º (a) da Recomendação.

*jurídicas que alegam ter sido prejudicadas em situação de dano em massa ou por uma entidade com direito a ação representativa". Uma ação representativa é descrita como "uma ação que é ajuizada por uma entidade representativa, uma entidade certificada para essa finalidade ou uma autoridade pública em nome e em nome de duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas que afirmam estar expostas ao risco de danos ou sofrem danos em massa, enquanto as vítimas não são parte no processo"*¹¹.

Associações e organizações podem ser autoras de ações representativas. Além disso, as autoridades públicas¹², oficialmente designadas entidades representativas ou certificadas para essa finalidade por uma autoridade nacional ou tribunal, são legitimadas para ajuizar uma ação representativa¹³. Essas entidades não devem ter fins lucrativos e capacidade financeira, recursos jurídicos e experiência jurídica.

O representante da classe deve ser capaz de divulgar informações sobre uma alegada violação de direitos tutelados pela legislação europeia e que pretende fazer cessar a violação ou obter reparação dos danos sofridos. Devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de informação sobre as ações compensatórias em curso à entidade representativa, à entidade certificada para essa finalidade, a uma autoridade pública ou a um grupo de requerentes¹⁴. Os métodos de divulgação devem ter em conta as especificidades circunstâncias da situação de dano em massa em questão, a liberdade de expressão, o direito à informação e o direito à proteção da reputação ou do valor da empresa de um réu antes do estabelecimento de sua responsabilidade pela alegada violação ou dano pela sentença final do tribunal¹⁵.

A Recomendação dá destaque ao financiamento dos procedimentos de tutela coletiva. Além de aplicar a regra do perdedor-pagador¹⁶, a Recomendação exige que o requerente declare a origem dos fundos que ele vai usar para financiar a ação judicial¹⁷. O financiamento de terceiros ao litígio é permitido e parcialmente regulamentado na Recomendação¹⁸.

Alguns princípios estão relacionados apenas à tutela coletiva compensatória. Por um lado, os tribunais e as autoridades competentes devem tratar os pedidos que exijam a

¹¹ Artigo 3º (d) da Recomendação.

¹² Artigo 7º da Recomendação.

¹³ Artigos 4º e 6º da Recomendação.

¹⁴ Artigo 10 da Recomendação.

¹⁵ Artigo 11 da Recomendação.

¹⁶ Artigo 13 da Recomendação.

¹⁷ Artigo 14 da Recomendação.

¹⁸ Artigos 15 e 16 da Recomendação.

cessação ou proibição de violações de direitos tutelados pela União Europeia a devida celeridade, se for caso disso por meio de procedimentos sumários, a fim de prevenir qualquer ou outros danos que causem danos devido a tal violação¹⁹. Por outro lado, os Estados-Membros devem assegurar que o réu efetivamente cumpra as medidas, incluindo a previsão do pagamento de multa diária em caso de descumprimento ou qualquer outro valor que esteja previsto na legislação nacional²⁰.

Outros princípios dizem respeito à tutela coletiva compensatória. A recomendação propõe o *opt-in* como a posição padrão. A parte requerente deve ser constituída com base no consentimento expresso das pessoas singulares ou coletivas que aleguem ter sido lesadas²¹. No entanto, o *opt-out* é excepcionalmente possível, por lei ou por ordem judicial, desde que devidamente justificado por razões ou boa administração da justiça²². Um membro do grupo deve ser livre para requerer sua exclusão a qualquer momento antes que a decisão final seja proferida ou caso haja um acordo, sujeito às mesmas condições que se aplicam às ações individuais, sem ser impedido de reivindicar seus direitos por outra via, desde que não prejudique a boa administração da justiça²³. As pessoas físicas ou jurídicas que aleguem ter sido prejudicadas na mesma situação de dano em massa devem poder exercer o *opt-in* a qualquer momento antes de proferida a sentença ou da resolução válida do caso por outra forma, desde que tal não prejudique a boa administração da justiça²⁴.

Os Estados-Membros devem assegurar a solução consensual dos conflitos, tanto na fase anterior ao processo como durante o processo cível²⁵. Mecanismos de resolução alternativa de conflitos (ADR) coletivos devem ser disponibilizados às partes antes e durante o litígio. A utilização desses meios deve depender do consentimento das partes no processo²⁶. Os prazos prescricionais devem ser suspensos desde o momento em que as partes acordem uma tentativa de resolução do litígio através de um procedimento alternativo até ao momento em que uma ou ambas as partes se retirem expressamente desse procedimento

¹⁹ Artigo 19 da Recomendação.

²⁰ Artigo 20 da Recomendação.

²¹ Artigo 21 da Recomendação.

²² *Ibid.*

²³ Artigo 22 da Recomendação.

²⁴ Artigo 23 da Recomendação.

²⁵ Artigo 25 da Recomendação.

²⁶ Artigo 26 da Recomendação.

alternativo de resolução de litígios²⁷.

A Comissão proíbe honorários estabelecidos em função dos resultados alcançados e danos punitivos. Os Estados-Membros devem assegurar que a remuneração dos advogados, assim como o respetivo método de cálculo, não incentive a litigância frívola do ponto de vista dos interesses de qualquer das partes²⁸. Os honorários estabelecidos em função dos resultados obtidos pode ser um desses incentivos. Quando os honorários estabelecidos em função dos resultados alcançados são excepcionalmente admitidos, os Estados-Membros devem regulamentar adequadamente esses honorários nos casos de tutela coletiva, tendo em conta, em especial, o direito à plena compensação dos membros da parte autora²⁹. Danos punitivos, que conduzam a uma sobrecompensação do dano sofrido a favor da parte autora, devem ser proibidos³⁰.

II. O Relatório de Implementação de 2018

Em janeiro de 2018, a Comissão Europeia publicou o seu relatório sobre a implementação da Recomendação (doravante o Relatório de Implementação)³¹. Simultaneamente, foi publicado um extenso estudo sobre a situação da tutela coletiva na União Europeia no contexto da implementação da Recomendação³². A conclusão geral foi que a maioria dos Estados-Membros que dispõem de mecanismos de tutela coletiva não adere aos princípios estabelecidos na Recomendação.

No que diz respeito à disponibilidade de tutela coletiva³³, o Relatório de Implementação revela que existem mecanismos de tutela coletiva inibitória em todos os Estados-Membros³⁴. Existem mecanismos de tutela coletiva compensatória em 19 Estados-Membros. Em mais da metade deles, são limitados a setores específicos (principalmente para reclamações de consumidores). Apenas 6 Estados-Membros adotaram uma abordagem horizontal (ou transubstantiva), permitindo processos de tutela coletiva em todas as áreas. A

²⁷ Artigo 27 da Recomendação.

²⁸ Artigo 29 da Recomendação.

²⁹ Artigo 30 da Recomendação.

³⁰ Artigo 31 da Recomendação.

³¹ COM (2018) 40 final, 25 de Janeiro de 2018.

³² Nota 5.

³³ Relatório de Implementação, páginas 3-4.

³⁴ Principalmente em virtude das Diretivas (veja abaixo o subitem III).

tutela coletiva é usada principalmente nas áreas de proteção ao consumidor, direitos dos passageiros, serviços financeiros e direito da concorrência. Neste último caso, são utilizadas as “follow-on actions” (por exemplo, a busca da reparação coletiva após a decisão de uma infração por uma autoridade da concorrência).

A maioria dos Estados-Membros estabelece condições específicas no que diz respeito à legitimidade para agir como entidades representativas³⁵. Os requisitos mais comuns tanto nas ações compensatórias como nas ações inibitórias exigidos pelos Estados-Membros dizem respeito ao caráter sem fins lucrativos da entidade e à relevância da matéria diante da finalidade da entidade. Alguns Estados-Membros estabeleceram condições específicas, como conhecimentos especializados, experiência e natureza representativa das entidades designadas.

Quando uma ação de tutela coletiva compensatória é declarada admissível pelo tribunal, a maioria dos tribunais dos Estados-Membros é responsável pela forma que será divulgada a informação³⁶. Na análise dos requisitos de admissibilidade há uma substancial discricionariedade dos Tribunais. No entanto, os Estados-Membros não regulamentam todo o sistema de comunicação aos membros da classe nas ações de tutela coletiva. De acordo com o Relatório de Implementação, há uma menor atuação dos Estados-Membros na comunicação aos membros da classe quando se trata de ações inibitórias.

Todos os Estados-Membros com mecanismos de tutela coletiva seguem o princípio do perdedor-pagador³⁷. No entanto, as regras da Recomendação relativas ao financiamento de litígios de terceiros não foram implementadas em nenhum dos Estados-Membros³⁸.

Todos os Estados-Membros permitem o pleito de uma tutela inibitória nas ações coletivas no âmbito da diretiva relativa às ações inibitórias³⁹. Esta última exige medidas de execução específicas em caso de ações consumeristas, com a fixação de multa diária em caso de descumprimento para o Erário ou outros beneficiários, mas apenas na medida em que o sistema jurídico do Estado-Membro em causa o permita⁴⁰. De acordo com o Relatório de implementação, todos os Estados-Membros têm em vigor tais penalidades por

³⁵ Relatório de Implementação, página 5.

³⁶ Relatório de Implementação, página 7.

³⁷ Relatório de Implementação, página 7.

³⁸ Relatório de Implementação, página 9.

³⁹ Veja abaixo o subitem III.

⁴⁰ Artigo 2 (1) (c) da Diretiva.

descumprimento⁴¹.

Existem 13 Estados-Membros que aplicam exclusivamente o princípio de *opt-in*. Existem 4 Estados-Membros que aplicam os princípios de *opt-in* e *opt-out*, enquanto 2 Estados-Membros aplicam apenas o princípio de *opt-out*.

Entre os 19 Estados-Membros que dispõem de regimes de indenização compensatória, 11 introduziram disposições específicas sobre mecanismos extrajudiciais de solução coletiva de litígios. No entanto, nem todas as disposições levam em consideração as especificidades da recomendação. O Relatório de Implementação revela que a maioria dos casos de danos em massa são solucionados extrajudicialmente, de forma consensual, através de negociação⁴².

Dos Estados-Membros, nove permitem alguma forma de honorários estabelecidos em função dos resultados alcançados. Todos estes Estados-Membros têm disposições específicas sobre a aplicabilidade em ações de reparação coletiva. Outros Estados-Membros permitem honorários estabelecidos em função dos resultados alcançados, quer sob a forma de taxa de sucesso ou, pelo contrário, uma redução da remuneração caso determinados objetivos não sejam alcançados⁴³. A maioria dos Estados-Membros não permite danos punitivos em litígios coletivos⁴⁴.

III. Novo Acordo para Consumidores - Proposta de Nova Diretiva

O Relatório de Implementação conclui que a Recomendação estabeleceu uma referência para um modelo europeu de ação coletiva. O impacto da Recomendação deve ser visto e considerado como um ponto de referência nas discussões sobre a facilitação do acesso à justiça e a prevenção de litígios abusivos, mas também como um incentivo para que os Estados-Membros implementem leis em consonância com seus princípios⁴⁵.

O relatório reconhece que a Recomendação teve uma implementação limitada. Nove dos Estados-Membros ainda não dispõem de mecanismos de tutela coletiva compensatória. Nos Estados-Membros que os possuem, não são utilizados com frequência devido às

⁴¹ Relatório de Implementação, página 12.

⁴² Relatório de Implementação, página 15.

⁴³ Relatório de Implementação, página 16.

⁴⁴ Relatório de Implementação, página 17.

⁴⁵ Relatório de Implementação, página 19.

condições rígidas estabelecidas na legislação nacional, a morosidade natureza dos procedimentos, ou custos excessivos percebidos em relação aos benefícios esperados de tais ações⁴⁶.

Mais especificamente, a Comissão Europeia pretende fazer o seguinte⁴⁷:

- continuar a promover os princípios estabelecidos na Recomendação de 2013 em todas as áreas, tanto em termos de disponibilidade de ações de tutela coletiva nas legislações nacionais e, portanto, de melhoria do acesso à justiça, como em termos de fornecer as salvaguardas necessárias contra litígios abusivos;

- proceder a uma análise mais aprofundada de alguns aspectos da recomendação que são essenciais para prevenir abusos e garantir a utilização segura dos mecanismos de tutela coletiva, como no que diz respeito ao financiamento de ações coletivas, a fim de obter uma melhor imagem de seu formato e da aplicação prática; e

- acompanhar esta avaliação da Recomendação de 2013 no âmbito da próxima iniciativa sobre um “Novo Acordo para os Consumidores”, conforme anunciado no Programa de Trabalho da Comissão de 2018⁴⁸, com destaque para o reforço dos aspectos de tutela e execução das medidas previstas na Diretiva em áreas apropriadas.

Em setembro de 2017, a Sra. Vera Jourová, Comissária da União Europeia para Justiça, Consumidores e Igualdade de Gênero, anunciou que a Diretiva de 2009 abriu uma via interessante para os consumidores por meio de ações representativas de organizações sem fins lucrativos ou autoridades públicas⁴⁹. A Diretiva de Injunções de 2009 pro - admite que todos os Estados-Membros devem ter procedimentos de injunção para parar infrações aos direitos dos consumidores da UE em vigor. A Diretiva harmoniza alguns aspectos do procedimento de injunções em toda a UE. Apenas as entidades qualificadas (ou seja, organismos de representação dos consumidores ou organismos públicos independentes)

⁴⁶ Relatório de Implementação, página 20.

⁴⁷ Relatório de Implementação, páginas 20-21.

⁴⁸ COM (2017) 650 final, 24 de outubro de 2017. “O sucesso do mercado interno depende, em última análise, da confiança. Essa confiança pode ser facilmente perdida se os consumidores sentirem que os remédios não estão disponíveis em casos de danos. A Comissão apresentará, portanto, um Novo Acordo para os Consumidores para melhorar a aplicação judicial e a reparação extrajudicial dos direitos do consumidor e facilitar a coordenação e ação eficaz por parte das autoridades nacionais de defesa do consumidor.” (Ibid., p. 7).

⁴⁹ Discurso do Comissário Jourova no Instituto da Câmara dos Estados Unidos para a Reforma Legal, Bruxelas, 28 de setembro de 2017, disponível em <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/jourova/announcements/speech-commissioner-jourova-release-us-chamber-institute-legal-reforms-consumer-public-opinion-poll_en>.

podem requerer essa injunção no seu Estado-Membro de origem ou noutro Estado-Membro de origem da infração⁵⁰.

A ideia de ampliar o âmbito da Diretiva referente à tutela inibitória e adicionar a tutela coletiva compensatória também foi (implicitamente) sugerida no Balanço de Adequação da Legislação do Consumidor e do Mercado da União Europeia de 2017⁵¹.

A Diretiva de Injunções poderia ser mais eficaz. Tal poderia ser conseguido, por exemplo, ampliando seu escopo em matéria de consumidores e harmonizando ainda mais o procedimento de tutela inibitória. As possíveis mudanças seriam especialmente destinadas a: (i) facilitar o acesso à justiça e reduzir os custos para as “entidades qualificadas” que protegem os interesses dos consumidores; (ii) ampliar a tutela inibitória; e (iii) produzir um impacto maior sobre os consumidores afetados. Todas essas atividades aconteceriam em paralelo à [...] avaliação da Recomendação de 2013 sobre a ação coletiva. A possível revisão da Diretiva deve ser considerada à luz dos resultados da avaliação da Recomendação de 2013, que aborda tanto a tutela coletiva compensatória como a tutela coletiva.

Em abril de 2018, a Comissão Europeia anunciou o tão aguardado novo Acordo para Consumidores⁵². O objetivo era fortalecer os direitos do consumidor na União Europeia. Além de fortalecer os direitos do consumidor *online*, introduzindo sanções eficazes para as violações do direito do consumidor da União Europeia e tentar combater a má qualidade dos produtos, a Comissão pretende introduzir uma ação representativa do consumidor. Conforme mencionado acima, isso será alcançado através da revogação da Diretiva de 2009. A proposta de diretiva relativa às ações representativas para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores e que revoga a Diretiva pode ser resumida da seguinte forma⁵³.

No cerne da proposta de diretiva encontram-se as entidades qualificadas. Estas entidades são designadas pelos Estados-Membros. Devem obedecer a uma série de critérios

⁵⁰ A injunção é uma ordem concedida por um tribunal ou órgão administrativo por meio da qual alguém é obrigado a realizar ou abster-se de realizar uma ação específica.

⁵¹ SWD (2017) 209 final, 23 de maio de 2017, p. 86. “O Fitness Check avalia se uma série de diretivas-chave do direito do consumidor e do marketing da UE permanecem adequadas ao seu objetivo com base em cinco critérios: eficácia, eficiência, coerência, relevância e valor acrescentado da UE. Também visa identificar encargos regulatórios excessivos, sobreposições, lacunas, inconsistências e / ou medidas obsoletas que podem ter surgido ao longo do tempo. Por último, determina se é necessária uma ação adicional a nível da UE para melhorar a implementação e aplicação das diretivas ou atualizar as suas disposições.” (Ibid., P. 5).

⁵² Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, Um Novo Acordo para os Consumidores, COM (2018) 183 final, 11 de abril de 2018. Ver <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_en.htm>.

⁵³ Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às ações representativas para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores e que revoga a Diretiva 2009/22 / CE, COM (2018) 184 final, de 11 de abril de 2018.

(devidamente constituídos de acordo com a legislação do Estado-Membro, ter um interesse legítimo e não ter fins lucrativos). Os Estados-Membros podem designar uma entidade qualificada certificada para uma ação representativa específica. A proposta de diretiva centra-se especialmente nas organizações de consumidores e organismos públicos enquanto entidades qualificadas. Quando essas entidades ajuízam uma ação representativa, deve existir uma relação direta entre os objetivos principais da entidade e os direitos conferidos pelo direito da União que alegadamente foram violados e relativamente aos quais a ação é intentada.

A proposta de diretiva define uma ação representativa como uma ação que protege os interesses coletivos dos consumidores sem que eles sejam parte. Apenas são permitidas ações representativas por infrações a direito do consumidor previsto na legislação da União enumeradas no Anexo I da proposta de diretiva (estas disposições tratam principalmente de serviços financeiros, energia, telecomunicações, saúde e meio ambiente).

As entidades qualificadas podem solicitar uma tutela inibitória (exatamente como nos termos da antiga Diretiva) ou uma ordem de reparação (nova) obrigando o comerciante a providenciar uma indenização, reparação, substituição, redução de preço, rescisão do contrato ou reembolso do preço pago. Quando a quantificação da reparação individual for complexa, os Estados-Membros podem prever que o tribunal profira uma decisão declaratória relativa à responsabilidade do comerciante, em vez de uma condenação a reparação. Essa decisão declaratória não é possível nos casos em que os consumidores (a) são identificáveis e sofreram danos comparáveis causados pela mesma prática em relação a um período de tempo ou uma compra ou (b) sofreram um pequeno prejuízo e distribuíram a indenização para eles seria desproporcional.

Qualquer acordo coletivo, alcançado entre uma entidade habilitada e um comerciante, deve ser homologado pelo tribunal. A legalidade e a justiça do acordo devem ser avaliadas, levando-se em consideração os direitos e interesses de todas as partes, incluindo os consumidores em causa. Os consumidores individuais em causa devem ter a possibilidade de aceitar ou recusar a vinculação a um acordo coletivo.

A proposta de diretiva estipula que os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que as ações representativas sejam tratadas com a devida diligência. As ações representativas inibitórias devem possuir um procedimento célere.

Os Estados-Membros devem estabelecer regras sobre as sanções aplicáveis em caso de incumprimento das decisões finais proferidas no âmbito da ação representativa e tomar todas as medidas necessárias para garantir a sua aplicação. As penalidades previstas devem ser efetivas, proporcionais e dissuasivas.

A proposta de diretiva exige que os Estados-Membros tomem as medidas necessárias para garantir que os custos processuais relacionados com ações representativas não constituam obstáculos financeiros para as entidades qualificadas, como a limitação das custas judiciais ou administrativas aplicáveis, concedendo-lhes acesso a apoio judiciário quando necessários, ou dotando-os de financiamento público para o efeito.

A proposta será agora apresentada ao Parlamento Europeu e ao Conselho.

Entretanto, na ausência de nova legislação, o Tribunal de Justiça da União Europeia não está disposto a incentivar a utilização da ação coletiva através da sua jurisprudência. Na decisão *Schrems v. Facebook Ireland Limited*, de 25 de janeiro de 2018, o Tribunal decidiu que o art. 16, n.º 1, do Regulamento Bruxelas I, relativo à competência dos contratos de consumo⁵⁴, deve ser interpretado no sentido de que não se aplica às ações ajuizadas por consumidores em seu domicílio em prol de consumidores domiciliados no mesmo Estado-Membro, em outro Estado-Membro ou fora do bloco⁵⁵. Na sua opinião, o Advogado-Geral explicou⁵⁶:

Não creio que seja papel dos tribunais, incluindo este Tribunal, neste contexto, seja de criar uma ação coletiva em matéria de consumo com uma caneta. Três razões pelas quais tal curso de ação seria imprudente se destacam. Em primeiro lugar, seria claramente contrário ao texto e à lógica da regulamentação, conduzindo, efetivamente, à sua reformulação. Em segundo lugar, a questão é muito delicada e complexa. Necessita de uma legislação abrangente, não de uma intervenção judicial isolada dentro de um instrumento legislativo relacionado, mas um tanto remoto, que é claramente inadequado para esse fim. Isso provavelmente causará mais problemas do que soluções sistêmicas. Em terceiro lugar, embora talvez não seja direta nem rápida, a deliberação legislativa e as discussões ao nível da UE têm estado em curso. Esse processo legislativo não deve ser

⁵⁴ Arte. 16 (1) do Regulamento Bruxelas I dispunha que: “Um consumidor pode ajuizar uma ação contra a outra parte de um contrato nos tribunais do Estado-Membro em que essa parte está domiciliada ou nos tribunais do local onde o consumidor está domiciliado.” O Regulamento Bruxelas I foi substituído pelo Regulamento Reformulado Bruxelas I (Regulamento (UE) 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012 sobre competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial, Oficial Journal L 351, 20 de dezembro de 2012, p. 1). Arte. 16 (1) agora é Art. 18 (1). O conteúdo permaneceu inalterado.

⁵⁵ *Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited*, case C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37.

⁵⁶ *Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited*, case C-498/16, opinião de AG Bobek, 14 de Novembro de 2017, para. 123.

impedido judicialmente ou tornado fútil.

IV. Mentalidade individualista (*silo mentality*)⁵⁷

Os subcapítulos acima forneceram uma visão geral descritiva do atual estado do processo de tutela coletiva na União Europeia. A questão que emerge é saber como esses dados devem ser avaliados. Nos subcapítulos a seguir, faremos quatro observações.

Os princípios estabelecidos na recomendação devem ser aplicados horizontal e igualmente nas áreas em que a legislação federal confere direitos aos cidadãos e às empresas e, por outras palavras, a Comissão Europeia pretende que Estados-membros introduzam mecanismos de tutela coletiva: proteção do consumidor, concorrência, proteção do meio ambiente, proteção de dados pessoais, serviços financeiros e proteção ao investidor. Esses princípios também devem ser aplicados horizontal e igualmente em áreas nas quais os mecanismos de tutela coletiva, em atenção a violações de direitos garantidos pela legislação federal, possam ser relevantes⁵⁸. Esta abordagem objetiva evitar o risco de iniciativas setoriais descoordenadas por parte da União Europeia, garantindo uma interface mais suave com as regras de procedimentos nacionais⁵⁹.

No entanto, quando analisamos várias estratégias políticas e escolhas em outros setores em que a União Europeia exerce competência, deve-se concluir que falta uma global e uniforme tutela coletiva. A abordagem horizontal e igual, como mencionado acima, está faltando. Nesse sentido, o legislador europeu é culpado por essa espécie de “*silo mentality*” (mentalidade individualista). Em negócios corporativos, essa expressão pode ser descrita como uma situação em que departamentos ou setores da mesma empresa não compartilham informações com outros na mesma empresa. Obviamente, esse tipo de mentalidade reduz a moralidade e eficiência na operação geral, podendo ajudar a destruir uma cultura produtiva

⁵⁷ O autor, originalmente, faz referência à expressão *silo mentality*. Trata-se de expressão utilizada para designar um sistema (ou parte dele) que não se comunica, entende ou funciona bem com outras partes, razão pela qual traduzimos a expressão como mentalidade individualista.

⁵⁸ Considerando (6) da Recomendação.

⁵⁹ Comunicação em prol da construção de um quadro horizontal europeu de reparação coletiva (*Communication Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress*), COM (2013) 401 final, 11 de junho de 2013, p. 16.

nas empresas⁶⁰.

1. Danos oriundos da concorrência

Paralelamente ao debate acerca da reparação dos consumidores, um outro debate separado foi travado, versando, mais precisamente, sobre como indenizar pessoas que sofreram perdas em resultado de uma violação do direito da concorrência da União Europeia (artigos 101 e 102 do TFEU⁶¹). O debate inicialmente especulou se a execução privada era preferível (ou uma alternativa) em relação à execução pública. Em última análise, foi determinado que as autoridades públicas deveriam envolver-se, primariamente, na execução do direito da concorrência na União Europeia (por exemplo, na Comissão Europeia e autoridades de concorrência nacionais).

Juntamente com a recomendação, a Comissão Europeia adotou proposta de diretiva sobre certas regras que regem as ações de indenização à luz da legislação que dispõe acerca do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia⁶². Em 2014, a proposta tornou-se uma lei⁶³. O cerne da diretiva é remover os obstáculos práticos que as vítimas de infrações às regras de antitruste da União Europeia enfrentam ao tentar obter compensação integral do dano. O objetivo é duplo: facilitar a obtenção de provas pelas vítimas e facilitar a aferição da causalidade.

Muito embora a (não-vinculante) recomendação estipule que os Estados-membros devam ter mecanismos de tutela coletiva da concorrência, como uma das áreas em que a legislação federal confere direitos aos cidadãos e às empresas⁶⁴, a (vinculante) diretiva relativa a reparações de danos decorrentes da prática de cartel “não exige que os Estados-

⁶⁰Brent Gleeson. “The Silo Mentality: How To Break Down The Barriers,” *Forbes*, 02 de outubro de 2013. Disponível em <<https://www.forbes.com/sites/brentgleeson/2013/10/02/the-silo-mentality-how-to-break-down-the-barriers/#5656c75f8c7e>>.

⁶¹TFUE significa Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Art. 101) proíbe cartéis e outros acordos que possam perturbar a livre concorrência no mercado interno. Art. 102) proíbe as empresas que detêm uma posição dominante em um mercado de abusar dessa posição.

⁶²Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indenização à luz da legislação nacional por infrações ao direito da concorrência dispostas pelos Estados-Membros e pela União Europeia, COM (2013) 404 final, 11 de junho de 2013.

⁶³Diretiva 2014/104 (UE) do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 sobre certas regras que regem as ações por danos ao abrigo da legislação nacional por infrações das disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, *Jornal Oficial da União Europeia*, L 349, de 5 de dezembro de 2014, p. 1.

⁶⁴Considerando (7) da Recomendação. Veja, ainda, o subcapítulo I.

membros criem mecanismos de tutela coletiva para que ocorra a aplicação dos artigos 101 e 102 da TFEU⁶⁵.

2. Proteção Geral de Dados

Outro exemplo é a proteção geral de dados, na qual cada Estado-Membro deveria fornecer mecanismos de tutela coletiva, de acordo com a Recomendação⁶⁶. A Diretriz e Regulamento Geral de Proteção de Dados de 2016 estabelece um (específico) grupo de procedimento de ações semelhantes, embora diferentes, e significativamente mais limitados em relação àqueles estabelecidos na Recomendação⁶⁷. Titulares de dados têm o direito de exercer mandato em um órgão sem fins lucrativos, organização ou associação – cujos objetivos estatutários sejam de interesse público – podendo apresentar uma reclamação em seu nome a uma autoridade de supervisão, um controlador ou processador, e de exercer o direito de receber compensação em seu nome, quando previsto pela legislação do Estado-Membro. Esses órgãos, organizações ou associações também tem o direito, se previsto pelo Estado-Membro, de apresentar tal reclamação independentemente de mandato do titular dos dados, se considerar que os direitos de um titular dos dados foram infringidos como resultado do processamento⁶⁸.

3. Avaliação

Esta abordagem encontra eco nas futuras iniciativas da Europa Comissão, notadamente na proposta de uma nova diretiva conceder ordens de tutelas e compensação reparatória⁶⁹. O escopo da proposta de diretiva sobrepõe-se com o escopo da antiga diretiva

⁶⁵ Considerando (13) da diretiva antitruste de reparação de danos.

⁶⁶ Considerando (7) Recomendação. Ver também *supra* do Subcapítulo I.

⁶⁷ Regulamento 2016/679 (UE) do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, sobre a proteção de pessoas físicas no que se refere ao tratamento de dados pessoais e sobre a livre circulação de tais dados, e revogando a Diretriz 95/46/EC (Regulamento Geral de Proteção de Dados), *Jornal Oficial da União Europeia*, L. 119, 4 de maio de 2016, p. 1 ; Diretiva 2016/680 (UE) do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 sobre a proteção de pessoas físicas no que se refere ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes com o propósito de prevenção, investigação, detecção, ou acusações de crimes ou a execução de penas, e sobre a livre circulação de tais dados, e revogando o Conselho de Decisão 2008/977/JHA, *Jornal Oficial da União Europeia*, L. 119, 4 de maio de 2016, p. 89.

⁶⁸ Art. 80 do Regulamento Geral de Proteção de Dados; Art. 55 da Diretriz Geral de Proteção de Dados.

⁶⁹ Ver *supra* Subcapítulo III.

de tutelas, uma vez que se refere exclusivamente a áreas de direito do consumidor que estão listados no Anexo I. Os novos procedimentos serão utilizados apenas nessas áreas.

Isso significa que apenas será possível utilizar os instrumentos de tutela coletiva para defender os interesses coletivos do consumidor, conforme estabelecido em diretivas específicas (em relação aos direitos do consumidor, crédito ao consumidor, pacote de viagens, práticas comerciais injustas, cláusulas abusivas em contratos de consumo e venda de bens de consumo e garantias associadas)⁷⁰. Para outros campos do direito material, pode não haver instrumento de reparação coletiva (*e.g.*, danos concorrenciais) ou um instrumento restrito (*e.g.*, proteção geral de dados). Isso está em desacordo com o princípio de "acesso à justiça"⁷¹. Para algumas disputas, o acesso coletivo à justiça é fornecido, enquanto para outras, há apenas acesso individualizado à justiça ou uma forma limitada de acesso coletivo à justiça.

V. Fundos e Financiamento⁷²

Abordar os fundos e financiamento de mecanismos de tutela coletiva é sempre uma questão complexa. É difícil incorporar esse tipo de procedimento em regras de financiamento de litígios individuais existentes. No contencioso individual, os custos e honorários advocatícios são (pré)financiados pelo requerente identificável que busca sua reivindicação individual ou um terceiro (por exemplo, um advogado, uma seguradora de despesas legais, assistência jurídica ou um fundo de contencioso de terceiros) diretamente relacionado com esse requerente. Em litígios de tutela coletiva, e pelo menos no início do procedimento, o autor atua em nome de um grupo de membros não quantificáveis e não identificados da classe. A apatia racional e os “problemas de carona” minimizam o incentivo para esses membros investirem no litígio, deixando o financiamento a ser pago ou organizado por seu

⁷⁰ Art. 2.1 da proposta de Diretiva (ver referência 54 *supra*) (“Essa diretiva deverá ser aplicada às ações representativas intentadas, pelos comerciantes, contra infrações ao direito da União enumeradas no Anexo I, que prejudicam ou podem lesar os interesses coletivos dos consumidores.”).

⁷¹ Ironicamente, a Recomendação refere-se explicitamente ao princípio do “acesso à justiça”. Ver Considerandos (9) e (10) da Recomendação.

⁷² Ver Stefaan Voet, “The Crux of the Matter: Funding and Financing Collective Redress Mechanisms” in Burkhard Hess, Maria Bergström and Eva Storskrubb eds., *EU Civil Justice: Current Issues & Future Outlook*, 2016, pp. 201-222.

agente (*i.e.*, o representante da classe), que, na maioria dos casos, serão confrontados com ricos e sofisticados litigantes habituais como contrapartes no litígio.

As taxas e custos em questão também são substanciais. Procedimentos de tutela coletiva não envolvem apenas custas judiciais e honorários advocatícios, mas também custos específicos, mas também custos específicos ligados a uma fase de preparação intensiva, uma fase complicada de certificação, várias notificações individuais ou não individuais aos membros da classe, chegando a um acordo, investigações ordenadas pelo tribunal, um possível julgamento elaborado sobre o mérito do caso, administração interna e comunicação processual, procedimentos de distribuição em potencial, etc. Todos esses custos e taxas precisam ser pré-financiados, independentemente do resultado do caso.

Devido à regra do “perdedor-pagador”, o resultado final do caso determinará, em última instância, quem terá que arcar com alguns ou todos esses custos e taxas. A aplicação da regra do “perdedor-pagador” em procedimentos de tutela coletiva é sugerida como a opção de política preferida na Recomendação⁷³. A regra é vista como uma proteção contra litígios abusivos.

Em uma demanda individual, há dois atores principais do lado do requerente: o querelante que busca sua reivindicação individual e o seu advogado (representante). Do lado do demandante, os procedimentos de tutela coletiva são caracterizados por uma estrutura triangular. Além do representante da classe e do advogado da classe, há vários membros da classe não quantificáveis e não identificados. Embora não sejam partes formais no procedimento, são os seus direitos que estão a ser adjudicados de forma decisiva, uma vez que estão diretamente vinculados pelo efeito *res iudicata* da decisão, a menos que não tenham optado ou tenham optado pela exclusão. Portanto, a questão do financiamento deve ser abordada a partir desta estrutura triangular: financiamento pelo representante da classe (um membro individual da classe, um órgão governamental ou uma associação/fundação), financiamento pelo conselho de classe e financiamento por um terceiro (financiamento público, assistência jurídica, seguro de despesas judiciais e financiamento de contencioso de terceiros). Eu tenho analisado isso extensivamente⁷⁴. A minha conclusão foi no sentido de que não há uma resposta clara para a questão de como as ações de tutela coletiva devem ser

⁷³ Art. 13 Recomendação.

⁷⁴ Ver referência 72 *supra*.

financiadas. A solução mais sustentável parece ser uma mistura de opções: financiamento direto por um órgão governamental ou demandante organizacional, um fundo governamental, assistência jurídica projetada sob medida e seguro de despesas legais, financiamento regulamentado de litígios de terceiros e transferência unilateral de custos.

Um método de financiamento no centro das atenções é o Financiamento de Litígios de Terceiros (FLT)⁷⁵. A Recomendação apoia a FLT, mas recomenda uma “*soft regulation*”⁷⁶. Por exemplo, o financiador não pode procurar influenciar as decisões processuais do demandante e não pode cobrar juros excessivos sobre os fundos fornecidos. Os Tribunais devem ser capazes de suspender o processo em caso de conflito de interesses entre o financiador e o demandante, ou se o financiador não dispuser de recursos suficientes. Algumas jurisdições têm jurisprudência que pode impactar (negativamente) casos futuros. No caso *Excalibur Ventures v. Texas Keystone and others*, o Tribunal Recursal Inglês, equivalente à segunda instância, considerou que um financiador privado é obrigado a pagar os custos dos réus em uma base de indenização, mesmo que o financiador não seja parte da má conduta que levou à atribuição dos custos de indenização. O Tribunal enfatizou que os financiadores de terceiros devem buscar obter benefício financeiro de reivindicações na mesma medida que os requerentes financiados e que a “natureza derivativa do envolvimento de um financiador comercial deve normalmente levar a que ele seja obrigado a contribuir para os custos” nas mesmas bases que o requerente financiado⁷⁷.

A maioria das jurisdições europeias pressupõe que os procedimentos de tutela coletiva podem e serão financiados de forma semelhante aos procedimentos individuais. Conforme tratado acima, isso simplesmente não é verdade. A questão de fundos e financiamento constitui o cerne de qualquer regime de tutela coletiva. Ele fica de pé ou cai com ele. Portanto, faz sentido que, ao conceber e projetar tal regime, a questão do financiamento precise ser tratada com antecedência. Todos os outros recursos procedimentais contam com ele. A questão permanente, por exemplo, está inerentemente ligada a isso. Se não houver uma estrutura regulamentar sólida em matéria de fundos e financiamento, tendo em conta as diversas especificidades do contencioso de tutela coletiva, os potenciais representantes simplesmente não apresentarão casos.

⁷⁵ Ver Willem H. van Boom ed., “*Litigation, Costs, Funding and Behaviour: Implications for the Law*”, 2017.

⁷⁶ Arts. 15-16 da Recomendação. Ver Subcapítulo I *supra*.

⁷⁷ *Excalibur Ventures v. Texas Keystone and others*, 2016, EWCA Civ 1144.

A Comissão Europeia adota outra abordagem menos lógica. Além de reiterar a regra do “perdedor-pagador” e regular (muito) suavemente a FLT, a Recomendação mal dá atenção aos fundos e financiamento de mecanismos de reparação coletiva. A ideia parece visar abordar esta questão *ex post*, ou seja, após alterar a Diretiva das Tutelas. Afinal, o Relatório de Implementação afirma que apenas no futuro a Comissão irá “proceder a uma análise mais aprofundada de alguns aspectos da Recomendação que são fundamentais para prevenir abusos e garantir a utilização segura de mecanismos de tutela coletiva, como no que diz respeito ao financiamento de ações coletivas, a fim de obter uma melhor imagem do design e da implementação prática”⁷⁸. Esta é uma decisão imprudente.

Esta visão é reverberada na proposta de uma nova Diretiva de Tutelas. Um breve artigo faz referências a alguns dos princípios de fundos e financiamento conforme estabelecido na Recomendação⁷⁹. Além da condição de divulgação financeira, a entidade qualificada deve demonstrar que possui recursos financeiros suficientes para representar os melhores interesses dos consumidores em causa e para atender a quaisquer custos adversos no caso de a ação falhar. Com relação à FLT, o artigo estipula que é proibido ao terceiro (a) influenciar as decisões da entidade qualificada no contexto de uma ação representativa, inclusive sobre acordos, e (b) fornecer financiamento para uma ação coletiva contra um réu que seja concorrente do provedor do fundo ou contra um réu do qual o provedor do fundo dependa. Por último, é mencionado que os Estados-Membros devem assegurar que os tribunais têm competência para avaliar as circunstâncias acima referidas no que diz respeito à FLT e, conseqüentemente, exigir que a entidade qualificada recuse o financiamento relevante e, se necessário, rejeite a legitimidade da entidade qualificada num caso específico.

VI. Situações de danos de massa transfronteiriços

A Recomendação estipula que os Estados-Membros devem assegurar que em caso de litígio envolvendo pessoas físicas e jurídicas de vários Estados-Membros, as normas nacionais sobre a admissibilidade ou legitimidade dos grupos estrangeiros de requerentes ou das entidades representativas provenientes de outros sistemas jurídicos nacionais⁸⁰ não

⁷⁸ Relatório de Implementação, pp. 20-21. Ver Subcapítulo III, *supra*.

⁷⁹ Art. 7 da Diretriz proposta (ver referência 54 *supra*).

⁸⁰ Art. 17 da Recomendação.

impeçam uma ação coletiva única num foro único.

Qualquer entidade representativa, oficialmente designada com antecedência por um Estado-membro como legítima para propor ações representativas, deve ser autorizada a recorrer ao Tribunal do Estado-Membro competente para apreciar a situação de dano de massa⁸¹.

A Comissão entende que, nos casos de danos de massa transfronteiriços, as regras atuais sobre cooperação judiciária em matéria civil e comercial são satisfatórias para iniciar uma única ação coletiva, em um único foro. As regras nacionais sobre admissibilidade e legitimidade não poderiam evitar isso.

De acordo com a Comissão, as regras europeias sobre competência judiciária, reconhecimento e execução de julgados em matéria cível e comercial⁸², bem como aquelas acerca do direito aplicável (*i.e* regulamentos Roma I e II⁸³) são adequadas e aplicáveis em casos de danos de massa transfronteiriços, inexistindo a necessidade de regras específicas⁸⁴. Isso se reflete na proposta de uma nova Diretiva sobre injunções. Encontra-se estipulado que a Diretiva não prejudica as regras da União sobre direito internacional privado-especificamente aquelas relacionadas à competência dos tribunais e ao direito aplicável⁸⁵.

Esta assertiva é simplesmente inverídica. A coordenação das ações coletivas transfronteiriças não foi suficientemente tratada pela Recomendação, e as regras atuais sobre competência judiciária, reconhecimento e execução não são satisfatórias para a efetiva e eficiente execução das ações de massa: “a uniformidade transfronteiriça é uma possibilidade remota. Na verdade, as previsões limitadas da Recomendação sobre a legitimidade transfronteiriça acarretam a possibilidade de discriminação entre entidades representativas de diferentes Estados- Membros, *forum shopping* e complexas alegações jurídicas sobre competência judiciária e direito aplicável, todos constituindo barreiras adicionais ao acesso

⁸¹ Art. 18 da Recomendação.

⁸² Regulamento 1215/2012/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial (reformulado), *supra* nota 55

⁸³ Regulamento 593/2008/EC do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho relativo ao direito aplicável às obrigações contratuais (Roma I), *Jornal Oficial da União Europeia*, L 177, July 4, 2008, p. 6; Regulamento 864/2007/EC do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de julho de 2007 relativo ao direito aplicável às obrigações não contratuais (Roma II), *Jornal Oficial da União Europeia*, L 199, July 31, 2007, p. 40

⁸⁴ Comunicação, *supra* note 59, pp. 13-14.

⁸⁵ Art. 2.3 da Diretiva proposta (veja *supra* nota 54).

à justiça dos consumidores⁸⁶.

Além da justificativa de eficiência procedimental, a sólida estrutura de coordenação poderia afastar o *forum shopping*. A aplicação das regras atuais sobre competência judiciária, reconhecimento e execução conduz a muitas questões e situações de incerteza jurídica.⁸⁷

Primeiro, problemas relativos à competência judiciária podem surgir. No caso de uma situação de danos de massa, o art. 7(2) do Regulamento de Bruxelas I reformulado⁸⁸ estipula que uma pessoa domiciliada em um Estado-Membro poderá ser demandada em outro Estado-membro no juízo do lugar da ocorrência do evento danoso. No caso de uma situação de responsabilidade civil de massa, o evento lesivo pode ocorrer em múltiplos Estados-Membros. O mesmo é verdadeiro para questões relacionadas a um contrato.

De acordo com art.7(1), são competentes os Tribunais do lugar de cumprimento da obrigação em questão. Em segundo lugar, podem surgir problemas relativos ao reconhecimento e à execução. Muitas jurisdições europeias priorizam acordos coletivos aprovados pelo Tribunal. Esses acordos podem e devem ser reconhecidos e aplicados a outros Estados-Membros? Quanto à questão do reconhecimento, a resposta depende da qualificação⁸⁹. Se o acordo coletivo aprovado pelo Tribunal for considerado uma decisão, então, possui efeito de *res iudicata* nos outros Estados-Membros⁹⁰. Se for qualificado como um acordo judicial, não possuirá tal efeito⁹¹. Mais problemas podem surgir em relação à exceção de *ordre publique*, que pode ser invocada para recusar o reconhecimento ou a execução⁹².

Os Tribunais dos Estados-membros que não possuem o mecanismo de *opt out* das ações coletivas podem invocar esta exceção, alegando que se trata de mecanismo que viola

⁸⁶ Rebecca Money-Kyrle, “Legal Standing in Collective Redress Actions for Breach of EU Rights: Facilitating or Frustrating Common Standards and Access to Justice?,” in Burkhard Hess, Maria Bergström and Eva Storskrubb eds., *EU Civil Justice: Current Issues & Future Outlook* (2016), p. 251. Veja também Mattheus W.F. Bosters, “*Collective Redress and Private International Law in the European Union. Issues Regarding Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Cross-Border Mass Disputes Relating to Financial Services*” (2015); Duncan Fairgrieve and Eva Lein, “*Extraterritoriality and Collective Redress*” (2012).

⁸⁷ Veja Axel Halfmeier, “Recognition of a WCAM Settlement in Germany,” *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Vol. 30, No. 2 (2012), pp. 176-184. Ele tenta responder essas questões sob uma perspectiva alemã à luz de um acordo coletivo holandês homologado judicialmente.

⁸⁸ *Supra* note 55.

⁸⁹ Halfmeier, *supra* nota 87, pp. 178-180.

⁹⁰ Art.36 do Regulamento de Bruxelas I, reformulado

⁹¹ Art. 59 Regulamento Bruxelas I, reformulado

⁹² Art. 45, 1, (a) do Regulamento Bruxelas I reformulado

o direito ao contraditório e o princípio da autonomia das partes.

VII. Novas tecnologias

Finalmente, os agentes políticos europeus parecem ignorar a ascensão dos meios alternativos e das novas abordagens de solução coletiva de conflitos⁹³. Há que se mencionar duas das novas tecnologias: resolução de disputas de consumo (doravante CDR) e tutela regulatória.

1. CDR

A CDR utiliza as técnicas tradicionais da ADR (arbitragem, conciliação e mediação), mas dentro do contexto de uma estrutura de resolução de disputas totalmente separada dos tribunais⁹⁴. A arquitetura da CDR engloba uma série de possíveis estruturas: arbitragem, ocasionalmente com a mediação como uma primeira etapa; quase-arbitragem oficial, mas com julgamento não vinculativo; arbitragem regulamentada; funções de reclamação junto às autoridades reguladoras públicas; ouvidores do setor privado, às vezes regulamentados; e ouvidores estatutários. A CDR também engloba a ODR (resolução de disputas online), que utiliza a tecnologia (internet) para facilitar a CDR⁹⁵. O modelo, aqui, é usualmente de arbitragem vinculativa, embora o processo, os árbitros e os sistemas nem sempre sejam transparentes. No entanto, as plataformas online costumam fornecer um canal de comunicação direto entre o consumidor e o comerciante, que tem uma alta taxa de sucesso em tutelas negociadas e voluntárias. A plataforma inclui, também, um recurso de feedback de autorregulação.

⁹³ Veja Christopher Hodges; Stefaan Voet, “Consumer Dispute Resolution Mechanisms: Effective Enforcement and Common Principles,” in Burkhard Hess; Xandra E. Kramer eds., “*From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure*” (2017), pp. 353-377. Veja ainda: Hodges; Voet, *supra* nota 2 pp. 153-260.

⁹⁴ Para uma visão geral histórica, consulte: Naomi Creutzfeldt, “The Origins and Evolution of Consumer Dispute Resolution Systems in Europe,” in Christopher Hodges; Astrid Stadler eds., “*Resolving Mass Disputes. ADR and Settlement of Mass Claims*” (2013), pp. 223-225.

⁹⁵ Julia Hörnle, “*Cross-Border Internet Dispute Resolution*”(2009).

Em 2013, foi adotada a Diretiva ADR e o Regulamento ODR, relativos às disputas de consumo⁹⁶. O regulamento estabelece uma Plataforma ODR pan-europeia gratuita e interativa, pela qual consumidores e comerciantes podem iniciar a CDR, em relação a disputas referentes a transações online (transações offline são excluídas). Entidades nacionais de CDR recebem a reclamação eletronicamente e buscam resolver a disputa por meio da CDR. A plataforma ODR foi lançada na primavera de 2016⁹⁷. A Diretiva ADR, sobre disputas de consumo, promoveu a CDR, encorajando o uso de entidades DR aprovadas que garantem o seguimento de padrões mínimos de qualidade: as entidades devem ser imparciais e fornecer informações transparentes; devem oferecer seus serviços sem custo ou a custo nominal; devem ouvir e determinar as reclamações em até 90 dias após o encaminhamento. A diretiva aplica-se a litígios nacionais e transfronteiriços relativos a queixas apresentadas por um consumidor residente na UE contra um comerciante estabelecido na UE.

Em dezembro de 2017, a Comissão Europeia publicou um relatório sobre o funcionamento da plataforma ODR⁹⁸, juntamente com resultados de um estudo realizado através da captura de dados na web (no qual a Comissão examinou sites de 20 mil comerciantes e lojas online da EU, para avaliar se cumprem com a sua obrigação legal de colocar um link para a plataforma ODR e um endereço de e-mail no respetivo site)⁹⁹. De acordo com o relatório, as principais funções da plataforma funcionam de forma eficaz. No entanto, devido, principalmente, aos seus efeitos de incentivo, contribui para a resolução de casos fora da plataforma. Portanto, é importante melhorar o envolvimento dos comerciantes no uso da plataforma se as demandas não puderem ser resolvidas bilateralmente¹⁰⁰. De acordo com o estudo de captura de dados na *web*, “apenas 28% dos comerciantes online da

⁹⁶ Diretiva 2013/11/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013 sobre resolução alternativa de disputas para disputas de consumo, que altera o Regulamento (EC) n.º. 2006/2004 e Diretiva 2009/22/EC (Diretiva ADR), *Jornal oficial da União Europeia*, L 165, junho 18, 2013, p. 63; Regulamento (EU) n.º. 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013 sobre resolução de disputas online para disputas de consumo, que altera o Regulamento (EC) N.º. 2006/2004 e Diretiva 2009/22/EC (Regulamento ODR), *Jornal Oficial da União Europeia*, L 165, junho 18, 2013, p. 1.

⁹⁷ Veja <<https://webgate.ec.europa.eu/odr>>.

⁹⁸ Relatório da Comissão para o Parlamento Europeu e o Conselho sobre o funcionamento da plataforma europeia de resolução de disputas online estabelecida pelo Regulamento (EU) n.º. 524/2013 sobre resolução de disputas online para disputas de consumo, COM (2017) 744 final, 13 de fevereiro de 2017.

⁹⁹ Resolução de disputas online: captura de dados na web dos sites de comerciantes da EU, JUST/2016/CONS/FW/ CO03/0104, Relatório Final, 1 de dezembro de 2017, disponível em <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/odr-webscraping-study_dec2017_en.pdf>.

¹⁰⁰ Relatório, supra nota 98, p. 8.

União Europeia apresentam um link para a plataforma de ODR nos seus sites, enquanto um endereço de e-mail é fornecido pela maioria dos comerciantes. A conformidade dos comerciantes com o link ODR depende do tamanho, país e setor de um comerciante. Quando o link ODR é disponibilizado, geralmente é moderado a facilmente acessível para os consumidores. Em 91% dos casos, o link ODR é apresentado como o link exato para a plataforma ODR e está incluído principalmente na seção ‘Termos e condições’ de um *site*”¹⁰¹.

Quase todos os Estados-Membros implementaram a Diretiva ADR relativa as disputas de consumo¹⁰². Em alguns Estados-Membros, a CDR funciona efetivamente, como na Holanda, Reino Unido e países escandinavos. Estes têm uma longa trajetória de órgãos CDR bem estabelecidos e de bom funcionamento. A CDR tornou-se o principal método para resolver pequenas disputas de consumo. Outros países criaram, recentemente, novos órgãos de CDR. Os primeiros resultados são promissores.¹⁰³ Esses novos e estabelecidos esquemas de CDR são de baixo custo, rápidos e fáceis de usar. A maioria é gratuita ou de custo mínimo para o consumidor, e os problemas são resolvidos em curto prazo.

Sistemas CDR bem desenvolvidos conseguem identificar e processar múltiplas causas¹⁰⁴. Por exemplo, vários comitês holandeses de reclamações de consumidores ouviram, em ocasiões, uma série de casos lidando com a mesma disputa legal no mesmo dia, a fim de garantir consistência de julgamento. Outra abordagem é selecionar uma quantidade grande de casos, determiná-los como casos de teste e, em seguida, usar os resultados para

¹⁰¹ Resolução de disputas online: captura de dados na web dos sites de comerciantes da EU, Sumário Executivo, novembro de 2017, disponível em <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/odr-webscraping-study-executive-summary_nov2017_en.pdf>. Trecho original: “only 28% of EU online traders present a link to the ODR platform on their websites, while an e-mail address is provided by the majority of traders. Traders’ compliance with the ODR link depends on the size, country and sector of a trader. When the ODR link is made available, it is often moderately to easily accessible for consumers. In 91% of the cases, the ODR link is presented as the exact link to the ODR platform and it is mainly included in the ‘Terms and conditions’- section of a website.”

¹⁰² Para uma visão geral, consulte: Pablo Cortés ed., “*The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*” (2016).

¹⁰³ Na Bélgica, por exemplo, o serviço de mediação para conflitos de consumo (órgão CDR residual da Bélgica) recebeu 7105 demandas em 2016. A duração média do manuseio foi de 38 dias. Em 50% dos casos (ou seja, reclamações admissíveis encerradas em 2016), foi alcançado um acordo global. Em 37% dos casos, uma recomendação foi emitida porque não foi possível chegar a um acordo. Em 18% destes casos, o comerciante seguiu a recomendação. Veja Service de médiation pour le consommateur, Relatório Anual, disponível em <<https://www.mediationconsommateur.be/fr>> (em francês).

¹⁰⁴ Veja Christopher Hodges; Iris Benöhr; Naomi Creutzfeldt-Banda, “*Consumer ADR in Europe*” (2012).

convidar outros litigantes a resolverem suas disputas¹⁰⁵. Mais um exemplo que pode ser mencionado, diz respeito ao *Financial Ombudsman Service* (serviço de ouvidoria financeira), do Reino Unido, que desenvolveu procedimentos de liderança ou de casos teste para lidar com múltiplas questões horizontais¹⁰⁶.

Ademais, CDR e ODR também são capazes de desencadear ações regulatórias. A Diretiva ADR, sobre disputas de consumo, por exemplo, presta atenção especial à cooperação entre entidades CDR e autoridades públicas nacionais de defesa ao consumidor¹⁰⁷. Além da troca de informações sobre práticas em setores empresariais específicos sobre reclamações recorrentes de consumidores, as autoridades nacionais deveriam fornecer avaliação técnica e informações às entidades CDR. De acordo com Hörnle, os dados de reclamações, coletados por um sistema ODR, deveriam ser usados não apenas para fins de resolução de disputas privadas, mas simultaneamente para a execução pública: “tal disposição seria importante, uma vez que muitas alegações se relacionam a golpes em grande escala aos consumidores, fraudes ou práticas comerciais desleais (e não meramente uma violação individual e única de contrato) e tempo valioso é desperdiçado pelos consumidores tentando ADR com fraudadores, os quais podem ser lidados, apenas, pela execução pública (criminal)”¹⁰⁸.

2. Tutela regulatória

Outro exemplo é a tutela regulatória, a qual pode ser conceituada como uma reparação ordenada ou provocada pela intervenção de agentes públicos¹⁰⁹. Sua força é a

¹⁰⁵ Ibid., pp. 148-149.

¹⁰⁶ Ibid., pp. 278-279.

¹⁰⁷ Arts. 17.1 e 17.2 da Diretiva ADR sobre disputas de consumo, supra nota 96.

¹⁰⁸ Julia Hörnle, “Encouraging online alternative dispute resolution (ADR) in the EU and beyond,” *European Law Review*, Vol. 38, Nº. 2 (2013), p. 202. Trecho original: “such a provision would be important, as many complaints relate to large-scale consumer scams, fraud or unfair commercial business practices (and not merely an individual, single breaches of contract) and valuable time is wasted by consumers attempting ADR with fraudsters who can only be dealt with by public (criminal) enforcement.”

¹⁰⁹ Para obter uma tipologia, consultar: Christopher Hodges. Mass Collective Redress: ADR and Regulatory Techniques. *European Review of Private Law*, Vol. 23, nº. 5 (2015), pp. 841-845 (removendo lucros ilícitos; ordenando o pagamento de uma reparação; ajuizando uma ação coletiva; pegando carona em demandas cíveis, notadamente execuções; remetendo ao Tribunal a avaliação de prejuízos; ordenando a um infrator a criação de um esquema de restauração ou esquema de compensação; aprovando um esquema de compensação proposto por um ou mais partes; encaminhando um esquema de compensação proposto a um Tribunal para aprovação; fomentando a negociação junto a um infrator para negociar, etc.).

combinação de pesos das ferramentas de execução públicas e regulatórias e ferramentas civis e compensatórias. A vantagem, e simultâneo incentivo, para negócios é que todos os aspectos de uma situação de dano em massa serão resolvidos em um só processo, evitando-se, com isso, sequenciais procedimentos e custos públicos (criminais e/ou regulatórios), bem como procedimentos e custos privados. Fazer a coisa certa na concessão da reparação pode ser incentivada pela leniência na execução de políticas públicas ou pela vantagem advinda da manutenção da alta reputação comercial.

Portanto, o funcionamento efetivo da tutela regulatória requer recursos suficientes, e mais importante, salvaguardas para proteger a independência das agências públicas executivas (tais como a publicação de políticas públicas executivas, regras processuais justas, um processo previsível e transparente, supervisão ministerial e pelas partes interessadas, a possibilidade de as Cortes imponham sanções mais rígidas e um mecanismo de apelação, etc.)¹¹⁰.

Um exemplo emblemático é o *Consumidor Dinamarquês Ombudsman*, um agente executivo público que tem legitimidade exclusiva para iniciar uma ação coletiva, com a utilização do sistema de *opt-out*¹¹¹. O instrumento é utilizado como uma ameaça para compelir os transgressores a firmarem acordos que incluam todos os aspectos, tais como um acordo para cessar infrações, um compromisso de não repetição de condutas lesivas, o reembolso de consumidores e a imposição de sanções públicas. Empresas que, às vezes, se valem do *Ombudsman* de forma voluntária parecem preferir resolver questões atinentes à reparação primeiro, no intuito de buscar sanções públicas mais brandas ou benefícios à sua reputação.

Outro exemplo pode ser extraído a partir das experiências do Reino Unido, que tem prestado cada vez mais atenção ao tema das tutelas regulatórias¹¹². Os *Princípios de Macrory* foram fundamentais nessa evolução¹¹³. Macrory desenvolveu um conjunto de seis princípios de penalidade que devem fundamentar um moderno sistema de sanções regulatórias. Os dois princípios mais importantes são: (i) a proposta da sanção regulatória não é punir per se, mas

¹¹⁰ Ibidem, pp. 870-871.

¹¹¹ Ibidem, pp. 845-846. Veja ainda: <<http://www.consumerombudsman.dk/>>.

¹¹² Ibidem, pp. 846-857.

¹¹³ Richard Macrory. “*Regulatory Justice: Making sanctions effective*”. Final Report. November, 2006, disponível em <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121212135622/http://www.bis.gov.uk/files/file44593.pdf>>.

trazer o negócio de volta para a conformidade; (ii) um sistema de sanções deve garantir que nenhum lucro decorra da não-conformidade. Todas as principais autoridades reguladoras do Reino Unido foram obrigadas a emitir políticas públicas executivas que conformem e levem em consideração os Princípios de Macrory¹¹⁴. Por exemplo, a Execução regulatória de 2008 e a Lei de Sanções conferiu aos reguladores a possibilidade de aplicar a extensão de poderes para impor sanções civis, as quais podem incluir penalidades monetárias fixas ou variáveis, avisos de conformidade (exigindo que o infrator volte a estar em conformidade), avisos de restauração (exigindo que o infrator adote medidas para corrigir qualquer dano causado que seja resultado da não conformidade na tentativa de solucionar qualquer dano), interromper notificações e compromissos de execução (acordos voluntários legalmente vinculantes oferecidos por aqueles que podem ter cometido uma ofensa com aceite por parte do regulador). Uma recodificação de poderes executivos de 2015 veio a ampliar políticas públicas e poderes para obter reparação e mudanças comportamentais, dando aos executores poderes extensivos e discricionabilidade para customizar a reparação, de modo que esta seja apropriada para cada situação particular¹¹⁵.

Um terceiro exemplo pode ser encontrado na Lei Consolidada Italiana sobre Bancos¹¹⁶. A lei prevê que o *Banca d'Italia*, o Banco Central da Itália e uma instituição pública, pode emitir “ordens de reparação”, que permitem que entidades regulamentadas (instituições financeiras, por exemplo) venham a compensar os clientes. Isso usualmente é feito quando disposições da Lei Consumerista são violadas. Embora essas ordens não forneçam nenhum detalhe sobre como a reparação deverá ser feita, elas tipicamente forçam a entidade regulada a fornecer detalhes sobre o número de consumidores a indenizar e os montantes envolvidos. Essas ordens podem ser publicadas no *site* da *Banca d'Italia*. Uma multa poderá ser imposta se a ordem não for cumprida.

A nível europeu, não há atualmente nenhuma política referente a tutelas regulatórias. Todavia, isso foi considerado como uma opção nas discussões sobre o *Novo Regulamento CPC* (Cooperação para a Proteção do Consumidor). O Regulamento CPC¹¹⁷ estabelece um

¹¹⁴ Lei de Reforma Legislativa e Regulatória de 2006; Execução regulatória de 2008; Lei de Sanções, disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/>>.

¹¹⁵ Lei dos Direitos do Consumidor, disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/>>.

¹¹⁶ Decreto Legislativo nº. 385/1993, disponível em <<https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/intermediari/Testo-Unico-Bancario.pdf>>.

¹¹⁷ Regulamento (EC) nº. 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de outubro de 2004 sobre a cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação de leis de proteção ao consumidor (o

cenário de cooperação para permitir que autoridades de execução nacionais de todos os Estados-membros, de modo conjunto, possam combater violações a regras consumeristas quando o comerciante e os consumidores estão estabelecidos diferentes países. A Comissão Europeia coordena a cooperação entre as mencionadas autoridades para assegurar que os direitos consumeristas assegurados em legislação sejam aplicados e executados de uma maneira consistente em todo o mercado. Em 2016, a Comissão Europeia propôs um novo regulamento¹¹⁸. O artigo 8, 2, (n) da proposta estipulava que cada autoridade competente deve ter “poder para ordenar ao comerciante responsável pela infração intra-União ou infração generalizada a compensação aos consumidores que sofreram danos como consequência da infração [...]”. No final, esse poder foi fortemente atenuado. O artigo 9, 4, (c) do novo Regulamento CPC¹¹⁹ simplesmente estabelece que autoridades competentes devem ter “o poder de receber do comerciante, por iniciativa deste, compromissos corretivos adicionais em benefício dos consumidores que foram afetados pela alegação infração abrangida pelo presente regulamento, ou, sendo o caso, para procurar obter compromissos do comerciante para oferecer soluções adequadas aos consumidores afetados pela infração”¹²⁰. O poder das autoridades para ordenar tutelas regulatórias tem sido substituído pela possibilidade de os comerciantes voluntariamente as oferecerem.

Conclusão

O atual *leitmotiv* europeu é a Recomendação de reparação coletiva de 2013. Isso continuará a ser assim nos próximos anos, uma vez que a Comissão Europeia pretende promover ainda mais os princípios nele estabelecidos, tanto em termos de disponibilidade de ações de reparações coletivas nas legislações nacionais, quanto em termos de fornecer as

regulamento sobre a cooperação em defesa do consumidor), *Jornal Oficial da União Europeia*, L 364, 9 de dezembro de 2004, p. 1.

¹¹⁸ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação das leis de proteção ao consumidor, COM (2016) 283 final, 25 de maio de 2016.

¹¹⁹ Regulamento (UE) 2017/2394 do Parlamento Europeu e do Conselho, de dezembro 12 de 2017, sobre a cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação de legislação de proteção do consumidor e revogação do Regulamento (CE) n.º 2006/2004, *Jornal Oficial da União Europeia*, L 345, 27 de dezembro de 2017, p. 1. Este regulamento deveria vir a ser implementado a partir de 17 de janeiro de 2020 em diante.

¹²⁰ Ver também *considerando* (17).

salvaguardas necessárias contra litígios abusivos¹²¹. De modo a estimular as opções de execução privada para consumidores que são vítimas de danos de massa, a Comissão Europeia recentemente propôs uma ação representativa para fins de proteção de interesses coletivos de consumidores.

Isso significa que só será possível utilizar o futuro instrumento compensatório coletivo para situações de dano em massa ao consumidor. Para outros setores, não pode haver instrumento de tutela coletiva (danos de concorrência, por exemplo) ou um instrumento restrito (proteção geral de dados, por exemplo), que pode estar em desacordo com o princípio do acesso à justiça.

É lamentável que a Comissão Europeia não aborde o financiamento e questões de financiamento *ex ante*. Claramente optou-se por analisar esse assunto mais tarde¹²². Entretanto, a maneira pela qual um mecanismo de tutela coletiva é financiado determinará se ele terá sucesso.

A falta de regras apropriadas sobre coordenação de danos de massa referentes a casos transfronteiriços – relacionados à jurisdição *inter alia*, reconhecimento e execução é lamentável. Para além da eficiência processual e da segurança jurídica, um quadro efetivo e eficiente de coordenação pode impedir o fenômeno do *forum shopping*.

Finalmente, e mais importante, a Comissão Europeia parece ignorar as alternativas aos mecanismos judiciais de tutela coletiva, como é o caso do CDR (Resolução de Disputas do Consumidor) e da tutela regulatória. Sendo bem projetados – e essa é uma condição *sine qua non* –, tais alternativas podem oferecer uma compensação rápida e eficaz. É preciso enfatizar que não se trata de uma discussão sobre qual modelo é melhor ou superior. O foco deve ser explorar e otimizar todas as opções para situações de dano em massa. Além disso, e isso é fundamental, essas opções devem ser conectadas para que possam formar um quadro integrado. Somente com instrumentos amplos e integrados, como uma “resolução contínua de disputas”, é capaz de lidar com situações de danos em massa de forma eficaz e eficiente.

REFERÊNCIAS

¹²¹ Relatório de implementação, p. 20-21. Ver o subcapítulo III.

¹²² *Ibidem*.

Axel Halfmeier, “Recognition of a WCAM Settlement in Germany,” *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Vol. 30, No. 2 (2012).

Balanco de Adequação da Legislação do Consumidor e do Mercado da União Europeia de 2017, SWD (2017) 209 final, 23 de maio de 2017.

Christopher Hodges. Mass Collective Redress: ADR and Regulatory Techniques. *European Review of Private Law*, Vol. 23, nº. 5 (2015)

Christopher Hodges; Iris Benöhr; Naomi Creutzfeldt-Banda, “Consumer ADR in Europe” (2012).

Christopher Hodges; Stefaan Voet, “Consumer Dispute Resolution Mechanisms: Effective Enforcement and Common Principles,” in Burkhard Hess; Xandra E. Kramer eds., “*From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure*” (2017).

Christopher Hodges; Stefaan Voet, “Delivering Collective Redress: New Technologies” (2018).

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, Um Novo Acordo para os Consumidores, COM (2018) 183 final, 11 de abril de 2018. Ver <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_en.htm>.

Comunicação em prol da construção de um quadro horizontal europeu de reparação coletiva (*Communication Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress*), COM (2013) 401 final, 11 de junho de 2013, p. 16.

Consumidor Dinamarquês Ombudsman, disponível em <<http://www.consumerombudsman.dk/>>.

Csongor István Nagy, “The European Collective Redress Debate after the European Commission’s Recommendation: One Step Forward, Two Steps Back?,” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 22, No. 4 (2015).

Decreto Legislativo nº. 385/1993, disponível em <<https://www.bancadiitalia.it/compiti/vigilanza/intermediari/Testo-Unico-Bancario.pdf>>.

Diretiva 2013/11/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013 sobre resolução alternativa de disputas para disputas de consumo, que altera o Regulamento (EC) nº. 2006/2004 e Diretiva 2009/22/EC (Diretiva ADR), *Jornal oficial da União*

Europeia, L 165, junho 18, 2013.

Diretiva 2014/104 (UE) do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 sobre certas regras que regem as ações por danos ao abrigo da legislação nacional por infrações das disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, *Jornal Oficial da União Europeia*, L 349, de 5 de dezembro de 2014.

Diretiva 2016/680 (UE) do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 sobre a proteção de pessoas físicas no que se refere ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes com o propósito de prevenção, investigação, detecção, ou acusações de crimes ou a execução de penas, e sobre a livre circulação de tais dados, e revogando o Conselho de Decisão 2008/977/JHA, *Jornal Oficial da União Europeia*, L. 119, 4 de maio de 2016.

Discurso do Comissário Jourova no Instituto da Câmara dos Estados Unidos para a Reforma Legal, Bruxelas, 28 de setembro de 2017, disponível em <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/jourova/announcements/speech-commissioner-jourova-release-us-chamber-institute-legal-reforms-consumer-public-opinion-poll_en>.

Duncan Fairgrieve and Eva Lein, “*Extraterritoriality and Collective Redress*” (2012).

Elisabetta Silvestri, “Towards a Common Framework of Collective Redress in Europe? An Update on the Latest Initiatives of the European Commission,” *Russian Law Journal*, Vol. 1, No. 1 (2013).

Stefaan Voet, “Europe’s Collective Redress Conundrum”, *Japanese Yearbook of International Law*, edição nº 6, 2018.

Excalibur Ventures v. Texas Keystone and others, 2016, EWCA Civ 1144.

Brent Gleeson. “The Silo Mentality: How To Break Down The Barriers,” *Forbes*, 02 de outubro de 2013. Disponível em <<https://www.forbes.com/sites/brentgleeson/2013/10/02/the-silo-mentality-how-to-break-down-the-barriers/#5656c75f8c7e>>.

John Sorabji, “Reflections on the Commission Communication on Collective Redress,” *Irish Journal of European Law*, Vol. 17, No. 1 (2014).

Julia Hörnle, “*Cross-Border Internet Dispute Resolution*” (2009).

Julia Hörnle, “Encouraging online alternative dispute resolution (ADR) in the EU and beyond,” *European Law Review*, Vol. 38, Nº. 2 (2013).

Lei de Reforma Legislativa e Regulatória de 2006; Execução regulatória de 2008; Lei de Sanções, disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/>>.

Lei dos Direitos do Consumidor, disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/>>.

Mattheus W.F. Bosters, “*Collective Redress and Private International Law in the European Union. Issues Regarding Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Cross-Border Mass Disputes Relating to Financial Services*” (2015).

Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited, case C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37.

Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited, case C-498/16, opinião de AG Bobek, 14 de Novembro de 2017.

Naomi Creutzfeldt, “The Origins and Evolution of Consumer Dispute Resolution Systems in Europe,” in Christopher Hodges; Astrid Stadler eds., “*Resolving Mass Disputes. ADR and Settlement of Mass Claims*” (2013).

Official Journal L 201, July 26, 2013.

Pablo Cortés ed., “*The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*” (2016).

Plataforma ODR pan-europeia, disponível em <<https://webgate.ec.europa.eu/odr>>.

Programa de Trabalho da Comissão de 2018, COM (2017) 650 final, 24 de outubro de 2017.

Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indenização à luz da legislação nacional por infrações ao direito da concorrência dispostas pelos Estados-Membros e pela União Europeia, COM (2013) 404 final, 11 de junho de 2013.

Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às ações representativas para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores e que revoga a Diretiva 2009/22 / CE, COM (2018) 184 final, de 11 de abril de 2018.

Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação das leis de proteção ao consumidor, COM (2016) 283 final, 25 de maio de 2016.

Rebecca Money-Kyrle, “Legal Standing in Collective Redress Actions for Breach of EU Rights: Facilitating or Frustrating Common Standards and Access to Justice?,” in

Burkhard Hess, Maria Bergström and Eva Storskrubb eds., “*EU Civil Justice: Current Issues & Future Outlook*” (2016).

Recomendação de Reparação Coletiva da Comissão Europeia.

Regulamento (EC) n.º. 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de outubro de 2004 sobre a cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação de leis de proteção ao consumidor (o regulamento sobre a cooperação em defesa do consumidor), *Jornal Oficial da União Europeia*, L 364, 9 de dezembro de 2004.

Regulamento 864/2007/EC do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de julho de 2007 relativo ao Direito aplicável às obrigações não contratuais (Roma II), *Official Journal* L 199, July 31, 2007.

Regulamento 593/2008/EC do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho relativo ao direito aplicável às obrigações contratuais (Roma I), *Official Journal* L 177, July 4, 2008.

Regulamento (EU) n.º. 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013 sobre resolução de disputas online para disputas de consumo, que altera o Regulamento (EC) N.º. 2006/2004 e Diretiva 2009/22/EC (Regulamento ODR), *Jornal Oficial da União Europeia*, L 165, junho 18, 2013.

Regulamento 2016/679 (UE) do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, sobre a proteção de pessoas físicas no que se refere ao tratamento de dados pessoais e sobre a livre circulação de tais dados, e revogando a Diretriz 95/46/EC (Regulamento Geral de Proteção de Dados), *Jornal Oficial da União Europeia*, L. 119, 4 de maio de 2016.

Regulamento (UE) 2017/2394 do Parlamento Europeu e do Conselho, de dezembro 12 de 2017, sobre a cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação de legislação de proteção do consumidor e revogação do Regulamento (CE) n.º 2006/2004, *Jornal Oficial da União Europeia*, L 345, 27 de dezembro de 2017.

Regulamento Reformulado Bruxelas I (Regulamento (UE) 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012 sobre competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial, *Official Journal* L 351, 20 de dezembro de 2012.

Relatório da Comissão para o Parlamento Europeu e o Conselho sobre o funcionamento da plataforma europeia de resolução de disputas online estabelecida pelo Regulamento (EU) nº. 524/2013 sobre resolução de disputas online para disputas de consumo, COM (2017) 744 final, 13 de fevereiro de 2017.

Relatório de Implementação, COM (2018) 40 final, 25 de Janeiro de 2018.

Richard Macrory. “*Regulatory Justice: Making sanctions effective*”. Final Report.

November, 2006, disponível em

<<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121212135622/http://www.bis.gov.uk/files/file44593.pdf>>.

Site do projeto Global Class Actions Exchange Network, disponível em <<http://globalclassactions.stanford.edu>>.

Resolução de disputas online: captura de dados na web dos sites de comerciantes da EU, JUST/2016/CONS/FW/ CO03/0104, Relatório Final, 1 de dezembro de 2017, disponível em <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/odr-webscraping-study_dec2017_en.pdf>.

Resolução de disputas online: captura de dados na web dos sites de comerciantes da EU, Sumário Executivo, novembro de 2017, disponível em <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/odr-webscraping-study-executive-summary_nov2017_en.pdf>.

Service de médiation pour le consommateur, Relatório Anual, disponível em <<https://www.mediationconsommateur.be/fr>> (em francês).

Stefaan Voet, “European Collective Redress: A Status Quaestionis” *International Journal of Procedural Law*, Vol. 4, No. 1 (2014).

Stefaan Voet, “The Crux of the Matter: Funding and Financing Collective Redress Mechanisms” in Burkhard Hess, Maria Bergström and Eva Storskrubb eds., “*EU Civil Justice: Current Issues & Future Outlook*”, 2016.

“The British Institute of International and Comparative Law, State of Collective Redress in the EU in the Context of the Implementation of the Commission Recommendation”, JUST/2016/JCOO/FW/CIVI/0099, Novembro, 2017, available at <http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=612847>.

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Willem H. van Boom ed., “*Litigation, Costs, Funding and Behaviour: Implications for the Law*”, 2017.

Where the Wild Things Are – Reflections on the State and Future of European Collective Redress. In: KEIRSE, Anne; LOOS, Marcos. *Waves in Contract and Liability Law in Three Decades of Ius Commune*. Reino Unido: Intersentia, 2017.