



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL (65) Nº 5009507-78.2018.4.03.6100 / 9ª Vara Cível Federal de São Paulo
AUTOR: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP
PROCURADOR: PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA MACHADO

REU: MICROSOFT INFORMATICA LTDA, UNIÃO FEDERAL
Advogados do(a) REU: GIORGIO BERTACHINI D ANGELO - SP376055, GUILHERME RIZZO
AMARAL - RS47975

DECISÃO

Converto o julgamento em diligência.

Trata-se de Ação Civil Pública, ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** em face da **MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA** e da **UNIÃO FEDERAL**, objetivando provimento jurisdicional que condene a ré **MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA** na obrigação de fazer, no sentido de, em prazo não inferior a 15 (quinze) dias, adotar todas as providências necessárias para adequar todas as licenças e/ou software do sistema operacional Windows 10, para que, como regra, não mais colete informações e dados pessoais de seus usuários.

Em relação à **UNIÃO FEDERAL** pugnou o autor pela sua condenação à obrigação de fazer, consistentes em apresentar, no prazo máximo de 30 (trinta) dias:

- a) plano emergencial de proteção de dados e informações de todos os seus computadores (desktops, laptops, smartphones, tablets etc.), que porventura utilizem o sistema operacional Windows 10;
- b) informações sobre as providências que já adotou ou pretende adotar relativamente aos fatos aqui relatados e, notadamente, diante das considerações que foram apresentadas ao Ministério Público Federal, pelo Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (documento de fls. 79/82);
- c) adotar as providências necessárias para fiscalizar a implementação das obrigações de fazer determinadas por esse r. Juízo, aplicando as sanções cabíveis administrativas, notadamente com o fito de prevenir, apurar e reprimir infrações às normas de defesa do consumidor,



promovendo ações para assegurar os direitos e os interesses dos usuários/consumidores do sistema operacional Windows 10, inclusive, se entender necessário, firmando convênios com órgãos e entidades públicas e com instituições privadas para executar tal fiscalização (tudo conforme arts. 22 e 23 do Anexo do Decreto nº 9.150/2017).

Atribuiu-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez milhões de Reais).

A inicial veio acompanhada de documentos.

Sob o ID nº 6624612 (fl.489) o autor requereu o aditamento à inicial.

Foi proferida decisão que deferiu em parte, e, em menor extensão, a tutela de urgência requerida, para determinar que a Microsoft adotasse procedimentos específicos, no prazo de 30 (trinta) dias, de modo a permitir que o usuário do sistema operacional Windows 10, em caso de não autorizar o uso de seus dados, tivesse ferramenta operacional e de interface que permita o exercício de tal opção de forma simples, fácil e direta, tanto quanto a interface operacional que permite a atualização do sistema com a autorização da coleta de dados do usuário (id nº 6756635, fl.503).

A Microsoft Informática Ltda opôs embargos de declaração (id nº 7445716, fl.511), e, em seguida, pugnou pela concessão de prazo de 60 (sessenta) dias, para que as áreas técnicas da empresa, em conjunto com o Ministério Público Federal, verificassem as mudanças havidas no sistema operacional Windows 10.

O Ministério Público Federal concordou com o pedido da Microsoft (id nº 7886678, fl.553), tendo este juízo deliberado pelo prejuízo da análise dos embargos de declaração, deferindo a suspensão do processo pelo prazo requerido (id nº 7941157, fl.558)

A União Federal apresentou contestação (id nº 9121453, fl.561 e ss). Arguiu a preliminar de ilegitimidade passiva, aduzindo que não há pretensão resistida em relação à União, e que o questionamento acerca da responsabilidade tecnológica da Microsoft não é responsabilidade da União, e não se furtou a atuar nos termos da legislação de regência. No mérito, pugnou pela improcedência da ação.

Após o deferimento de sucessivos pedidos de prazos, por ambas as partes, informou o Ministério Público Federal que firmou Acordo (**Termo de Ajustamento de Conduta**) com a ré Microsoft, requerendo a sua homologação, por sentença (id nº 31096787), **negrito nosso**.

A Microsoft Informática Ltda manifestou-se, informando ratificar os termos do Ajustamento de Conduta supra mencionado, requerendo a sua homologação por sentença (id nº 31101154, fl.726).

O Ministério Público Federal manifestou-se, em complementação a petição anterior, requerendo a designação de audiência de conciliação, em relação à União Federal (id nº 31117257).



Foi proferida decisão, que determinou que a Microsoft regularizasse sua representação processual, para poder homologar-se o Termo de Ajustamento de Conduta, celebrado com o autor, bem como, que, em face do disposto no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 9800/95, que estabelece que compete ao referido Conselho Gestor do Fundo “zelar pela aplicação dos recursos, na consecução dos objetivos das leis nºs 7347/85, 7853/89, 7913/89, 8078/90 e 8884/94, as partes emendassem/retificassem a cláusula 3ª, dos termos do TAC, no prazo de 15 (quinze) dias, adequando-o aos termos da legislação de regência, ou seja, destinando o valor total a ser pago pela Microsoft, para o fundo de direitos difusos diretamente, e não como proposto pelo Ministério Público Federal, pela via judicial.

Sem prejuízo, determinou-se que se oficiasse ao Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), vinculado ao Ministério da Justiça (Brasília), ser intimado a manifestar-se sobre a concordância quanto à destinação dos valores em questão, diretamente ao MPF (via judicial), no prazo de 15 (quinze) dias (Id nº 31483249).

A Microsoft Informática Ltda requereu a juntada de Procuração, com poderes especiais, para celebrar o TAC, e informou que os termos do ajustes do TAC estariam sendo analisados, em conjunto com o autor, e seriam apresentados oportunamente ao juízo (id nº 31874197).

O Ministério Público Federal apresentou novo Termo de Ajustamento de Conduta, adaptando a cláusula sobre a destinação dos recursos financeiros, que, segundo aduz, podem ser destinados a ações de interesse social (defesa consumidores quanto à proteção de dados e uso da internet, tutela vítimas violência sexual, tutela da saúde, COVID-19), ou ao Fundo de que trata o art. 13, da Lei nº 7.347/85, mas condicionando que a deliberação sobre tal aspecto será da Justiça, após decisão transitada em julgado. Pugnou pela homologação do Acordo, por sentença, reiterando, no mais, os termos de sua manifestação constante do Id nº 31117257 (Id nº 32345666).

A União Federal manifestou-se, pugnando pelo prazo de 10 (dez) dias, para manifestar-se sobre o despacho decisório, relativo a destinação do valor pago pela Microsoft, requerendo que se aguarde a manifestação técnica do FDD (Id nº 33042003).

Sob o Id nº 34620180 este Juízo proferiu decisão que **homologou, por sentença, o acordo firmado entre o autor e a Microsoft Informática Ltda, e extinguiu o processo, em relação a referida empresa, nos termos do artigo 487, inciso III, “b”, do CPC**, ressaltando-se apenas o parágrafo segundo, da Cláusula Terceira do “TAC”, no tocante à destinação do valor que será destinado aos valores depositados pela Microsoft, que o Juízo se reservou para apreciar, oportunamente – se seria destinado ao autor, ou ao Fundo de Direitos Difusos, nos termos de decisão anteriormente explicitada,- ressaltando, todavia, não haver qualquer óbice ao cumprimento integral de todas as demais clausulas do ajuste homologado (Id nº 34620180), **negrito nosso**.

A Microsoft Informática Ltda requereu a juntada do comprovante de depósito judicial, no valor de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), id nº 35980716.



A União Federal requereu a juntada de documentos (Nota Jurídica nº 00375/2020/CONJUR-MJSP/CGU/AGU e despachos administrativos referentes ao mesmo tema), que externa o posicionamento do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em relação ao TAC firmado entre o autor e a Microsoft, que prevê que parte dos valores pactuados seriam aplicados em projeto específico elencados pelo MPF, além de posicionamento sobre o objeto da ação (Id nº 35998822).

Foi proferido despacho, determinando-se a intimação do autor acerca dos aludidos documentos, bem como, sobre a preliminar de ilegitimidade passiva, arguida pela União, além da ciência do depósito judicial, realizado pela Microsoft Informática Ltda (Id nº 36692416).

O Ministério Público Federal manifestou-se, sob o Id nº 37431995. Sustentou a legitimidade passiva da União Federal para o feito, aduzindo que tal legitimidade decorre do seu dever de fiscalização e exercício do Poder de Polícia, no tocante ao Direito do Consumidor, ditando diretrizes e garantindo que sejam respeitados direitos previstos na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e na Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), bem como no dever de zelar pela inviolabilidade da intimidade e da vida privada dos usuários de novas tecnologias, dever que foi robustecido pela Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados). Salientou que, no que respeita às competências da União para a proteção da defesa dos consumidores no caso que ora se apresenta, cumpre reprimir que compete à Secretaria Nacional do Consumidor, dentre outras coisas, prevenir, apurar e reprimir infrações às normas de defesa do consumidor, promover ações para assegurar os direitos e interesses dos consumidores e fiscalizar e aplicar as sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078/1990 (cf. incisos V, VII e VIII do art. 17 do Decreto nº 9.662/2019, que reproduz o teor do revogado Decreto nº 9.150/2017). Competências que se encontram elencadas também nos incisos do artigo 3º do Decreto nº 2.181/1997. Assinalou que, é preciso não olvidar que consoante os princípios de Direito Público que regem a atuação do Estado, ocorre a culpa do serviço (*faute du service*) quando este não funciona ou, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Pontuou, ainda, que a Portaria 905, de 24 de outubro de 2017, que aprova o Regimento Interno da Secretaria Nacional do Consumidor, também fixa dentre as competências do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor a fiscalização de demandas que envolvam relevante interesse geral e de âmbito nacional e aplicar as sanções administrativas previstas nas normas de defesa do consumidor e instaurar averiguações preliminares e processos administrativos. E esse é exatamente o caso dos autos, diante da gama de usuários do sistema operacional Windows 10, utilizado por milhares de pessoas no Brasil, tanto pessoas jurídicas, quanto naturais, é certo que se está diante de uma situação que impõe tratamento uniforme da matéria em todo o território nacional, a atribuição da União torna-se, assim, inafastável. Assinalou que o resultado da não fiscalização e acompanhamento de casos como o presente pela União pode gerar consequências de difícil reparação para toda a sociedade brasileira, sendo certo que foi insuficiente a providência adotada de “sugerir” que a empresa Microsoft adequasse o procedimento do sistema operacional Windows 10 à legislação consumerista, sem promover o adequado acompanhamento da questão (cf. informação prestada pela Secretaria Nacional do Consumidor no Id. 6114282 - Pág. 1). Diante das competências regimentais dos órgãos da Secretaria Nacional do Consumidor, somada a gravidade da situação levada ao conhecimento do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, não pode uma “sugestão” ser considerada uma atuação



satisfatória, e a prova disso é que não se mostrou suficiente para fazer cessar a irregularidade. Salientou, ainda, que, ainda que se tenha obtido sucesso nas tratativas com a Microsoft, em razão da propositura da presente ação, que resultaram na readequação do sistema operacional, garantindo aos titulares dos dados pessoais informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento destes dados pelo Windows 10 (arts. 6º, VI, e 9º da Lei nº 13.709/2018, art. 7º, VIII, da Lei 12.956/2014 e art. 6º, CDC), há necessidade de tutela jurisdicional que imponha o dever de permanente e eficiente fiscalização por parte da União não pode ser afastada. Salientou, ainda, ser forçoso reconhecer que o quadro normativo foi enriquecido desde o ajuizamento da presente ação civil pública, na medida em que foram consolidadas importantes diretrizes na Lei Geral de Proteção de Dados, com medidas que, se efetivamente operacionalizadas pela União, podem alterar o quadro fático de omissão identificado pelo Ministério Público Federal (Id nº 37431995).

Nova manifestação do Ministério Público Federal, acerca do posicionamento da Advocacia Geral da União, em relação aos documentos juntados, em relação ao Termo de Ajustamento de Conduta (id nº 37476059). Aduziu o autor que o entendimento em questão não se aplica ao presente caso. Assinalou que trata-se de um acordo entre Ministério Público Federal e Microsoft, realizado com lastro na autorização concedida pela Lei da Ação Civil Pública, no artigo 5º, §6º, sofrendo os influxos pertinentes da cláusula geral de convencionalidade trazida pelo artigo 190 do Código de Processo Civil, e com reforço da orientação veiculada pela Resolução nº 179 do Conselho Nacional do Ministério Público. E que a consequência primeira da celebração do ajuste foi a inoportunidade de condenação da Microsoft, o acordo entabulado não significou o reconhecimento de responsabilidade ou culpa pela Compromissária, como, aliás, restou ressalvado na cláusula apontada como ilegal pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Tampouco houve a aplicação de multa por descumprimento do acordo recém-homologado. Ou seja, o primeiro ponto a ser fixado é a natureza do valor depositado em juízo pela Microsoft (Id 35980740) que não decorre nem de condenação, nem de multa por descumprimento de alguma das obrigações assumidas. Reiterou que o valor fez parte das negociações sobre as obrigações a serem assumidas, e o montante foi definido pelas partes como contribuição da Microsoft para fomentar projetos de tutela e promoção de direitos transindividuais relacionados a lesões e vulnerabilidades identificadas pelo Ministério Público Federal em outros inquéritos civis e ações civis públicas. Ações de promoções de direitos cujo desenvolvimento poderia, inclusive, ter sido atribuído diretamente à Microsoft, e alcançaria o mesmo fim. Aduziu que pretendeu, portanto, o Ministério Público Federal, valendo-se de uma adaptação do “cy-près”¹ do sistema do *common law*, com a chancela do Poder Judiciário, fazer com que os valores sejam revertidos a finalidades “o mais próximo possível” daquelas buscadas com o Termo de Ajustamento de Conduta e, por essa via, proporcionar um benefício indireto aos sujeitos afetados por uma prática que se entendeu prejudicial a toda a sociedade. Aduziu que o objetivo principal da técnica citada, o “cy-près” – ao lado do *fluid recovery* – é o de mitigar e compensar os danos aos integrantes da coletividade atingida, ainda que parcela significativa da indenização seja usada para beneficiar membros da sociedade que não diretamente atingidos, e que alguns dos integrantes da classe originalmente atingida seja beneficiada de maneira indireta. E a justificativa central para que novos mecanismos sejam implementados na reparação de danos coletivos é exatamente o fato desse tipo de dano ter se expandido de tal maneira que praticamente



todos podem ser potenciais membros e, portanto, potenciais beneficiários dessa forma de reparação. Salientou que, no plano infralegal brasileiro, a Resolução nº 179 do Conselho Superior do Ministério Público, que regulamenta o Termo de Ajustamento de Conduta, trouxe uma modalidade de distribuição de indenizações e multas que se amolda ao cy-près norte-americano.(fl.863). Pontuou que, foi de forma pioneira que, no âmbito da Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região se passou a convencionar nos compromissos de ajustamento a destinação alternativa de recursos, prática que se disseminou na atuação do MPT em âmbito nacional. E que isso é possível porque não obstante a praxe, há muito adotada no Brasil, seja a destinação ao FDD dos valores pactuados em termos de ajustamento de conduta, é certo que no art. 13 da Lei nº 7.347/85 se verifica que nele somente está regulada, de forma imperativa, a destinação de valores decorrentes de condenações judiciais. Ou seja, a previsão legal de destinação ao FDD é impositiva apenas para quando há “condenação em dinheiro”. Pontuou que a única menção a “acordo” não foi alocada no caput do art. 13, da Lei nº 7.347/85, mas em seu parágrafo 2º, que especifica hipóteses de pretensões que envolvem danos causados por ato de discriminação étnica, quando então os recursos serão utilizados, obrigatoriamente, em ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente. Assim, assinalou que, portanto, não se sustenta, considerado o marco legal de regência, a alegação de ilegitimidade do Ministério Público Federal para negociar o melhor acordo possível para atender os interesses por ele tutelados. Nem tampouco qualquer ilicitude ou ilegitimidade existe que impossibilite o Poder Judiciário de homologar acordo em tais circunstâncias. Assevera que, no presente caso, o TAC foi celebrado no bojo de uma Ação Civil Pública que buscou afastar uma conduta identificada como danosa à sociedade e responsabilizar civilmente os causadores do dano – a Microsoft, por ação, e a União, por omissão. Ou seja, o acordo entabulado com a Microsoft serve a dois propósitos: afastar os riscos que a conduta praticada – coleta e tratamento de dados de consumidores em desacordo com a legislação vigente – representa para a sociedade brasileira; e compensar, de alguma forma, o risco real ou potencial que foi gerado para a coletividade. Discorreu, ainda, sobre a incoerência de sobreposição de atribuições do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos pelo Ministério Público Federal. Pontuou que é cediço também que é competência do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.008/1995, gerir esse Fundo, de zelar pela aplicação dos recursos; aprovar e firmar convênios e contratos; examinar e aprovar projetos de reconstituição de bens lesados. E que são igualmente conhecidas as fontes que constituem os recursos do FDD geridos pelo Conselho Gestor - CFDD, elencadas no parágrafo 2º, do art. 1º, da Lei nº 9.008/1995, recursos arrecadados: das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da Lei nº 7.347/1985; dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto da indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; das condenações judiciais de que trata o § 2º do art. 2º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989; das multas referidas no art. 84 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo; de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo; de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras. E que, no que concerne à atuação do Ministério Público na área cível, houve, com a Constituição Federal de 1988, uma radical inflexão da função



institucional: de predominantemente interveniente em determinadas causas cíveis individuais para predominantemente agente nas causas de interesses coletivos. E que ao se observar a finalidade da destinação do FDD (reparação de danos causados a direitos difusos e coletivos) e as funções do Conselho Gestor Federal do FDD de um lado, e, de outro, o *munus* constitucional do Ministério Público Federal de tutelar o interesse público primário, oficiando de forma independente e especializada em prol de direitos difusos, coletivos, sociais e fundamentais, da reparação e/ou prevenção de futuras lesões aos direitos lesados, imperioso concluir que, ao fixar parâmetros em um Termo de Ajustamento de Conduta, quanto à forma de reparação, recomposição de danos ou promoção de direitos, o Ministério Público não está – nem poderia – sobrepondo a competência conferida ao Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Assentou, ainda que, por mais que a tese desenhada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça seja de que o Ministério Público está pretendendo sobrepor a competência do Conselho Federal Gestor do FDD, cumpre deixar claro que este Órgão Ministerial está agindo dentro dos limites da sua atribuição constitucional e legal (de promover a proteção de direitos difusos e coletivos), valendo sempre realçar que os valores depositados pela Microsoft, decorrente de obrigação assumida no TAC firmado nos presentes autos, não constituem, conforme marco legal vigente, fonte de recursos do FDD, conforme leitura do art. 13, caput, §§ 1º e 2º, da Lei nº 7.347/85, bem como art. 1º, § 2º e incisos da Lei nº 9.008/95; sobre o contingenciamento continuado do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Isso, com base no fato de que os valores destinados diretamente ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos têm sido deliberadamente contingenciados para produzir superávit primário no orçamento da União, em face de metas financeiras federais, em vez de serem empregados na proteção dos direitos a que se destinam, conforme Relatório de Gestão do próprio Fundo, publicado em 2018. Menciona os termos da ACP nº 5008138-68.2017.403.6105, em que o Ministério Público Federal questiona o uso dos valores desse fundo, e o seu compromisso em fazer com que os recursos que foram arrecadados justamente para reparar danos sociais e transindividuais, que lesaram a coletividade, não sejam tratados como se fossem simplesmente mais uma fonte para compor o orçamento da União. Por fim, discorreu sobre a relevância dos projetos elencados pela Microsoft e pelo MPF no acordo entabulado, aduzindo que a escolha dessas linhas de trabalho foi guiada pela necessidade de reparação e mitigação de lesões e danos que vêm sendo causados à sociedade, situações identificadas pelo Ministério Público Federal em diversos procedimentos extrajudiciais, alguns deles, inclusive, já judicializados, mas que seguem sem tutela adequada. Por fim, pontuou que, mesmo na redação original da Cláusula Terceira a possibilidade de destinação de parte dos recursos depositados pela Microsoft para projetos a serem apresentados pelo Ministério Público Federal não estava dissociada da obrigação deste de motivar adequadamente a destinação de valores pecuniários para o projeto apresentado. E essa accountability é inerente, pois o Ministério Público não atua em nome próprio mas defende interesses alheios, transindividuais. E que o Ministério Público se impôs a observar o prazo de dois anos fixados no Termo de Ajustamento de Conduta para a apresentação de projetos e aplicação dos recursos depositados pela Microsoft (ou seja impôs-se uma meta de tempo, visando imprimir seriedade e compromisso com a sua proposta) que permanecerão depositados em conta judicial, após o que, não havendo aplicação (no prazo de um ano), deve o saldo ou o valor existente ser transferido ao fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/1985. E como dito, a aplicação se dará sempre sob a supervisão desse Juízo, a quem cumpre homologar a autorizar a aplicação dos recursos, a partir de proposta ou projeto apresentado pelo Ministério



Público, a quem cumprirá comprovar nos autos a aplicação na forma como autorizada, de modo a conferir à pretensão ministerial mecanismo de *accountability*. Requereu, assim, seja autorizado o uso dos valores depositados em atividades ligadas à defesa de interesses difusos indicadas no TAC e, desde já, elenca-se como alternativa os projetos apresentados no tópico IV desta manifestação, a serem selecionados nos termos dos “editais que seguem anexos” a presente manifestação, sem prejuízo da apresentação de outros projetos, dentro do prazo previsto no TAC (Id nº 37476059).

Nova manifestação do Ministério Público Federal, complementando o requerimento constante do Id nº 37476059, mediante juntada de acordos de TAC, celebrados pelo MPF, nos termos ora propugnados. Aduziu que, conforme já exposto na última manifestação ministerial, a escolha das linhas de trabalho foi guiada pela necessidade de reparação e mitigação de irregularidades e danos que vêm sendo causados à sociedade, situações identificadas pelo Ministério Público Federal em diversos procedimentos extrajudiciais, alguns deles, inclusive, já judicializados, mas que seguem sem tutela adequada. É que as duas linhas temáticas que foram objetos da iniciativa de publicação dos editais acima mencionados dizem sobre ações que pretendem:

- i) proporcionar acessibilidade digital, nos termos da Lei 10.098/2000 e Lei 13.146/2015, às pessoas com deficiência (EDITAL DE CONVOCAÇÃO - PR-SP-00083804/2020) e;
- ii) a divulgação dos direitos de atendimento das vítimas de violência sexual, na forma da Lei 12.845/2013 (Lei do Minuto Seguinte) (EDITAL DE CONVOCAÇÃO – PR-SP00083799/2020).

Requereu, assim, a juntada dos projetos e respectivos orçamentos apresentados, pugnando, uma vez mais, seja deferido o pleito ministerial.

E que, com o deferimento do pedido, seja autorizada a destinação dos valores depositados para a implementação dos projetos que indicou, em projetos orçados/selecionados, no importe de R\$ 596.400,00 (Id nº 40561464).

A União Federal manifestou ciência do último despacho proferido (Id nº 41514820).

É relato do necessário.

Delibero.

A hipótese é de conversão do julgamento em diligência, para determinar-se que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir, justificando a sua pertinência, oportunidade em que o Juízo delibera, ainda, sobre a destinação do valor depositado judicialmente nos autos, referente ao Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o Ministério Público Federal e a Microsoft Informática Ltda.

-Da Destinação do Valor Depositado Judicial referente ao TAC



No tocante ao Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta celebrado entre o autor e a Microsoft, juntado sob o Id nº 32345567, tal como assentado na decisão proferida sob o Id nº 34620180, de rigor relembrar-se que referido Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta atende, do ponto de vista material, ao objeto da ação, observando-se a seara da indisponibilidade dos direitos difusos, no caso, a proteção aos usuários do sistema Operacional Windows 10.

Nesse sentido, não cabe à Consultoria da AGU, tal como se vislumbra da Nota Nota Jurídica nº 00375/2020/CONJUR-MJSP/CGU/AGU (vide Item II- Fundamentos, id nº 35998822, pag.05), formular qualquer questionamento quanto ao Termo de Ajustamento de conduta em si, até porque impertinente e ilegítima tal manifestação quanto a este ponto, exceto no que toca ao Fundo de Direitos Difusos, único ponto de consulta do Juízo àquele órgão.

De se trazer a lume os termos em que se assentou-se a decisão homologatória do TAC (id nº 34620180):

(...)

Segundo informações dos órgãos técnicos do Órgão Ministerial, a empresa Microsoft informaria no Termo de Licença do produto (fls. 11/17) e na Política de Privacidade (fls. 18/21) que coletaria dados durante o uso do software. Tais dados seriam transferidos constantemente pelo sistema operacional e ficariam sob seu controle (da empresa) e armazenados a uma identificação de usuário que pode ser combinada a uma conta da Microsoft.

Contudo, esse procedimento de coleta de informações dos usuários não esclareceria de forma clara, precisa, expressa e especialmente, destacada aos usuários/consumidores (art. 6º, III, Lei nº 8.078/90 e art. 7º, IX, Lei 12.965/14). Além disso, durante a instalação e atualização do sistema operacional, a Microsoft apresentaria como opção padrão a ativação dessa coleta massiva de dados.

Assim, a presente ação foi proposta, objetivando a proteção à inviolabilidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (usuários), garantia fundamental (CF, art.50, X), bem como, o sigilo da correspondência de dados, das comunicações telefônicas, dentre outros, no escopo do comando da Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet), que assegura os direitos à inviolabilidade e sigilo do fluxo de comunicações pela internet (artigo 7º, II), o não fornecimento a terceiros, de dados pessoais, inclusive, registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo consentimento livre, expresso sobre a coleta (artigo 7º, inciso IX), etc.

Verifica-se, assim, que o questionamento formulado na presente ação, que tem por objeto o Sistema Operacional “Windows 10” insere-se no amplo contexto da disponibilização correta da informação que o consumidor deve ter, e compreender, ao permitir o acesso a seus dados em programas de computador.



No caso em tela, formulou o Ministério Público Federal os seguintes pedidos, em relação à MICROSOFT:

a. que doravante as instalações e atualizações do referido software do sistema Windows 10, na modalidade típica, de mais facilidade e comodidade para o usuário/consumidor, sejam realizadas, sem que o sistema esteja programado para coletar qualquer dado pessoal do usuário/consumidor, notadamente aqueles já apontados nesta exordial e exemplificados na informação técnica juntada às fls. 06/10;

b. que qualquer coleta de qualquer dado pessoal dos usuários/consumidores somente se dê, com expressa e prévia autorização destes, observando-se o art. 6º, do Código de Defesa do Consumidor, inclusive com alertas específicos, no momento da opção, acerca das consequências de tal autorização, que deverá se dar para cada tipo de dado ou informação pessoal que será coletado, do que ela implica, quanto a acesso de dados e violação da intimidade e vida privada, além dos direitos previstos nos incisos do art. 7º, da Lei do Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/14.

c. que seja lançada imediata atualização dos sistemas operacionais Windows 10 em uso, para que todos os usuários atuais possam usufruir das medidas previstas nas alíneas anteriores;

d. que seja dado (às suas próprias expensas, da Microsoft) amplo conhecimento da imposição de tais obrigações de fazer, nos meios de comunicação social que tenham maior alcance para o público-alvo atingido (usuários/consumidores do sistema operacional Windows 10), comprovando-se tal providência, nos autos;

Nesses termos, verifica-se que o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, celebrado entre as partes (Ministério Público Federal e Microsoft), juntado sob o Id nº 32345567 (fl.774 e ss), atende, efetivamente, do ponto de vista material, ao objeto da ação, observando-se a seara da indisponibilidade dos direitos difusos, no caso, os usuários do sistema Operacional Windows 10 (negrito nosso).

Observo que a Cláusula Primeira do “TAC” estabelece o compromisso da MICROSOFT em promover modificação na interface de instalação do Windows 10, no formato proposto no “Anexo 1”, para usuários brasileiros, que lhes permita, escolher, de forma livre, informada e inequívoca, qual a opção de coleta de dados ele definirá para o seu equipamento, com amplo esclarecimento sobre a coleta de dados pelo sistema. Nela encontram-se elencadas as diversas providências operacionais para tal implementação.

O Parágrafo Primeiro, da referida Cláusula Primeira, estabelece que tais alterações ocorrerão já no processo de instalação da próxima versão do Windows 10, bem como, na atualização dos dispositivos que utilizem versões anteriores, nos termos do Anexo 1.

O Parágrafo Segundo estabelece que as alterações serão implementadas com o próximo lançamento principal do Windows 10, até no máximo, 15 de agosto de 2020.



O Parágrafo Terceiro, por sua vez, detalha as versões do Windows 10 abrangidas pelo acordo, ressaltando, expressamente, que não engloba as versões corporativas do Windows, o Windows 10 Mobile ou o Windows 10 IoT Core. E que referências a “Windows 10” no acordo dizem respeito somente às versões do Windows 10 para uso de consumidores individuais.

A Cláusula Segunda resguarda, em linhas gerais, o compromisso da MICROSOFT com o tratamento de dados pessoais (coleta, recepção, acesso, reprodução, armazenamento, eliminação, boa fé), nos termos do inciso II, do artigo 6º, da Lei nº 13.709/18, que é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em vigor, desde 14/08/2018.

Por fim, a Cláusula Terceira prevê que, sem reconhecer responsabilidade ou culpa pelos fatos descritos na presente Ação Civil Pública, ou mesmo a ilicitude destes, a MICROSOFT pagará o valor de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, após a homologação do presente acordo, mediante depósito judicial vinculado ao Juízo da 9ª Vara Cível Federal de São Paulo, em esforço para solucionar, de forma amigável, o processo, e como uma contribuição para fomentar iniciativas do Ministério Público Federal (negrito nosso).

(...)

A única ressalva feita pelo Juízo, e que ora se mantém, ainda, é no tocante à destinação imediata dos recursos (Parágrafo Segundo, da Cláusula Terceira), ante o interesse do MPF em que sejam tais valores destinados em projetos que elenca (a: capacitação e conscientização sobre privacidade e proteção de dados a consumidores brasileiros - Lei 8.078/90, Lei 12.965/2014 e Lei 13.709/2018-; b) divulgação dos direitos de atendimento das vítimas de violência sexual, na forma da Lei 12.845/2013 - Lei do Minuto Seguinte-, além de ações voltados à melhoria e humanização deste atendimento; c) divulgação e ações de implementação concreta dos direitos das mulheres, de realizar mamografia de rastreamento -política pública de detecção e tratamento precoce do câncer de mama-, no Sistema Único de Saúde, de acordo com diretrizes do Ministério da Saúde - atualmente, na faixa etária de 50 a 69 anos, bienalmente, em mulheres assintomáticas-; d) ações que visem a propiciar a acessibilidade digital - Lei 10.098/2000 e Lei 13.146/2015- e e) ações para área da saúde e assistência social que visem a colaborar no enfrentamento da crise provocada pelo vírus SARS-CoV-2, causador da doença COVID-19, já considerada uma pandemia pela OMS), uma vez que este Juízo adota o posicionamento, em princípio, de que tais valores devem destinar-se ao Fundo de Direitos Difusos, diretamente, nos termos do artigo 13, da Lei nº 7347/85, negrito nosso.

Considerando apenas a ressalva em questão, acerca da destinação dos valores a serem depositados judicialmente pela MICROSOFT, que deverão ficar depositados em Juízo, todavia, até nova deliberação (se serão destinados ao autor, Ministério Público Federal, para implementar as ações constantes do TAC ou se serão destinados diretamente ao FDD), vislumbra-se que o TAC preenche os requisitos formais e materiais, para sua homologação,



considerando ser o Ministério Público Federal parte legítima para a defesa dos interesses difusos e individuais homogêneos, como no caso, ser este Juízo competente para conhecimento da ação, e o objeto lícito.

Por oportuno, observo que o Termo de Ajustamento de Conduta, incluído no art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) pelo art. 113, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), é relevante instrumento para a solução extra ou judicial de conflitos de interesses ou direitos difusos e coletivos, mediante o qual os órgãos públicos legitimados do art. 5º, da Lei n. 7.347/85 podem tomar, dos possíveis agentes infratores, o compromisso de ajustarem suas condutas às exigências legais, mediante cominações, com eficácia de título executivo.

É preciso reconhecer que, em sua aplicação prática, os Termos de Ajustamento de Conduta, têm sido marcados pela negociação entre os pactuantes no que concerne ao tempo, modo e lugar do cumprimento das obrigações assumidas, evitando o prolongamento de demandas, por vezes, de difícil solução.

(...)

Ante o exposto, HOMOLOGO, por sentença, para que produza seus jurídicos efeitos, nos termos do artigo 487, inciso III, alínea “b”, do CPC, o acordo firmado entre o Ministério Público Federal e a ré Microsoft Informática Ltda, instrumentalizado no “Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta”, assinado pelas partes em 15/05/2020 (Id nº 32345667), negrito nosso.

Ressalvo, apenas, o Parágrafo Segundo, da Cláusula Terceira, do “TAC”, no tocante à destinação do valor que será destinado aos valores depositados pela Microsoft, que este Juízo se reserva a apreciar, oportunamente – se será destinado ao autor, ou ao Fundo de Direitos Difusos, nos termos acima explicitados,- não havendo, outrossim, qualquer óbice ao cumprimento integral de todas as demais cláusulas do ajuste, ora homologado.

Reitero, para fins processuais, que este Juízo proferirá decisão acerca da destinação dos recursos após a manifestação do FDD, que ora ainda se aguarda”.

Tendo em vista que a ação prosseguirá apenas em relação à União Federal, tendo o Ministério Público Federal requerido a realização de audiência de conciliação em relação ao referido ente público, oportunamente, venham os autos conclusos, para designação do ato, e deliberação sobre a destinação do valor a ser depositado judicialmente pela Microsoft.

(...)

De rigor trazer-se a lume, igualmente, parte das informações da aludida Nota Jurídica da AGU quanto ao ponto em discussão – destinação dos valores do TAC (id nº 35998822, pag.07):

(...)



5. Diante da possível ilegalidade do referido TAC, a Procuradoria-Seccional da União em São José do Rio Preto/SP formula questionamento a essa Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, "sobre eventuais providências adotadas no sentido de emendar/ratificar os termos do TAC firmado, adequando-o aos termos da legislação de regência, ou seja, destinando o valor total a ser pago pela Microsoft ao fundo de direitos difusos diretamente, e não como proposto, pela via judicial."

6. Em razão da matéria tratada nos autos, essa Coordenação-Geral de Contencioso Judicial solicitou informações, por meio do COTA n. 01304/2020/CONJUR-MJSP/CGU/AGU, à Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública que, em resposta, encaminhou o Despacho nº 452/2020/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ, fazendo os seguintes esclarecimentos:

(...)

II-DOS FUNDAMENTOS

8. De plano, constata-se circunstância inviabilizadora da homologação do acordo proposto, pois o parágrafo primeiro, da Cláusula Terceira do TAC realizado entre o Ministério Público Federal e a Microsoft contraria o artigo 13, §2º, da Lei nº 7347/85 e o §2º do artigo 1º, da lei 9008/95, que dispõem que havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), gerido por um Conselho Federal.

(...)

10. Inicialmente, deve-se destacar que para a gestão do FDD, a Lei 9.008/1995, que se originou da conversão e edição de medidas provisórias, criou, na estrutura do Ministério da Justiça, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD).

11. O Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos - CFDD é o responsável por administrar a aplicação dos recursos financeiros oriundos de multas aplicadas pela Justiça Federal, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, e pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública, condenações judiciais, dentre outros, decorrentes da violação dos direitos difusos.

12. A utilização de recursos decorre da prévia aprovação de projetos pelo CFDD, que deverá: zelar pela aplicação dos recursos; aprovar e firmar convênios e contratos objetivando atender ao disposto acima; examinar e aprovar projetos de reconstituição de bens lesados, inclusive os de caráter científico e de pesquisa; promover, por meio de órgãos da administração pública e de entidades civis interessadas, eventos educativos ou científicos; fazer editar, inclusive em colaboração com órgãos oficiais, material informativo sobre os projetos de reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos; promover atividades e eventos que contribuam para a



difusão da cultura, da proteção ao meio ambiente, do consumidor, da livre concorrência, do patrimônio histórico, artístico, estético, turístico, paisagístico e de outros interesses difusos e coletivos; e examinar e aprovar os projetos de modernização administrativa a que se refere aos recursos arrecadados pelo FDD, bem como na modernização administrativa dos públicos responsáveis pela execução das políticas.

13. No âmbito federal, o fundo contábil de que tratam os artigos 13 e 20 da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP), denominado Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), foi regulamentado pelo Decreto 1.306/1994.

14. Com a regulamentação do FDD e a criação do seu Conselho Gestor (CFDD), a regra prevista no caput do artigo 13 da LACP passou a ter eficácia plena. Isso significa que havendo condenação em dinheiro decorrente de ACP ou de multa por descumprimento de TAC, esses recursos deverão necessariamente ser revertidos ao FDD, com vistas à recomposição dos bens lesados.

15. No caso dos autos, embora a intenção do MPF esteja direcionada à realização de projetos de interesse público, a forma pela qual pretende executar os recursos encontra óbice no artigo 13, §2º, da Lei nº 7347/85 e no §2º do artigo 1º, da lei 9008/95. Isso porque, além da totalidade dos recursos do citado TAC dever ser destinados, por disposição legal, ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), a sua aplicação deve ser executada com planejamento, cujo projeto depende de aprovação do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos - CFDD, do qual, inclusive, o Parquet Federal participa.

(...)

9. Por isso, reitera-se que os valores deverão ser destinados diretamente para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), sendo atribuição do Conselho Federal Gestor a aplicação dos recursos nele vertidos (negritos nossos)

(...)

No ponto, em que pesem as douras e fundamentadas razões trazidas pelo Ministério Público Federal, destinadas ao convencimento do Juízo, no sentido de que seja autorizada a destinação do valor depositado judicialmente no âmbito do TAC, entre o autor e a MICROSOFT, para a implementação dos projetos indicados pelo Ministério Público Federal, conforme projetos orçados/selecionados, no importe de R\$ 596.400,00 (Id nº 40561464), fato é que entende o Juízo que, **havendo lei específica, que criou o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), com o intuito de assegurar a indenização por danos patrimoniais e morais causados a direitos difusos e coletivos (meio ambiente, consumidor, entre outros), competindo ao referido Fundo zelar pela aplicação dos recursos**, para atingir os objetivos das leis nºs 7347/85, 7853/89, 8078/90, entre outros, a este Fundo deve ser destinado o valor depositado judicialmente (negrito nosso).



Reitere-se que o que o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), é regulado pela Lei n. 9.008/1995, instituído a partir dos artigos 13 e 20 da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), com intuito de assegurar a indenização por danos patrimoniais e morais causados a direitos difusos e coletivos (meio ambiente, consumidor, entre outros), e assim dispõe o §2º do artigo 1º da referida lei:

(...)

§ 2º Constituem recursos do FDD o produto da arrecadação:

I - das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da Lei nº 7.347, de 1985;

II - das multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais; (Revogado pela Lei nº 13.146, de 2015)

III - dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto da indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

IV - das condenações judiciais de que trata o § 2º do art. 2º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989;

V - das multas referidas no art. 84 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

VI - dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo;

VII - de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo;

VIII - de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

Ressalto, ainda, que os referidos fundos devem ser arrecadados pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), composição que possui, dentre outros membros, um representante do Ministério Público Federal, como, igualmente, um representante da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Ministério da Fazenda, CADE, entre outros.

Por sua vez, dispõe o artigo 3º, I, da Lei 9008/95, que compete ao referido Conselho Gestor do Fundo “**zelar pela aplicação dos recursos, na consecução dos objetivos das leis nºs 7347/85, 7853/89, 7913/89, 8078/90 e 8884/94**, verbis:

Art. 3º Compete ao CFDD:

I - zelar pela aplicação dos recursos na consecução dos objetivos previstos nas Leis nºs 7.347, de 1985, 7.853, de 1989, 7.913, de 1989, 8.078, de 1990, e 8.884, de 1994, no âmbito do disposto no § 1º do art. 1º desta Lei;

II - aprovar e firmar convênios e contratos objetivando atender ao disposto no inciso I deste artigo;

III - examinar e aprovar projetos de reconstituição de bens lesados, inclusive os de caráter científico e de pesquisa;



(...)

De outro lado, entende o Juízo que o pleito do Ministério Público Federal, ao buscar a adoção do sistema “*cy-près*”, originado do direito norte-americano, embora seja possível de utilização pela via da Ação Civil Pública, não se aplica ao caso, ou, sua aplicação somente poderia ser feita caso não houvesse um Fundo específico de valores arrecadados, oriundo dos direitos difuso, já previsto em lei, ou não se pudesse reverter o valor para uma finalidade “o mais próximo possível” do fato gerador do prejuízo.

No ponto, de se trazer a baila excerto do escólio de Rogério Rudiniki Neto, Promotor de Justiça no Paraná e Mestre em Direito Processual Civil pela UFPR, no artigo denominado “FUNDAMENTOS E DIRETRIZES PARA A DESTINAÇÃO ALTERNATIVA DE VERBAS PECUNIÁRIAS (CY-PRÈS) EM TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA CELEBRADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO”, disponível em “https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_Academia/Teses_2019/Rogério_Rudiniki_Neto_-_Fundar”, acesso em 18/03/2021.

Muito embora referido autor defenda a destinação alternativa de verbas pecuniárias aos TACs (*cy-près*) celebrados pelo Ministério Público Federal, o próprio autor destaca a incongruência de tal sistema no modelo da ACP, em algumas situações, sobretudo, quando há previsão legal da existência de Fundo específico, e, também, em face das dificuldades de prestação de contas, *verbis* :

(...)

O termo *cy-près* deriva da expressão francesa *cy pres comme possible* – que significa “o mais próximo possível”.

Nas jurisdições da família da common law, tradicionalmente a doutrina do *cy-près* trata de casos envolvendo trusts, em que a intenção original de um doador ou testador não pode ser concretizada, por impossibilidade/impraticabilidade fática ou jurídica. Nesses casos, pelo *cy-près*, a autoridade judicial busca conferir ao capital afetado uma finalidade o mais próximo possível (as nerly as possible) àquela escolhida pelo instituidor. Esta doutrina se aplica apenas nos casos em que a finalidade originalmente elencada pelo instituidor destina-se exclusivamente à caridade. Por exemplo, em um testamento que destina fundos a um colégio para órfãos em Chicago, mas na cidade não há nenhuma instituição de ensino específica para esse público, tais verbas foram revertidas à escola de órfãos de Cicero, também no estado de Illinois e que dista apenas 13 quilômetros de Chicago – nesse caso foi obtida a finalidade altruísta o mais próximo possível da intenção do instituidor

1.2. A doutrina do *cy-près* aplicada nas *class actions*

Em sua acepção original, o *cy-près* jamais foi concebido como um mecanismo a reger a destinação de indenizações decorrentes de processos judiciais litigiosos. No entanto, há algumas décadas – por força de construções jurisprudenciais e trabalhos acadêmicos – essa



doutrina, sem que houvesse uma alteração legislativa, passou também a ter aplicação no âmbito das *class actions* (ações coletivas da *common law*), nas situações em que em um julgamento ou acordo obtido contra determinado requerido em uma ação coletiva é impossível ou inadequado que a indenização fixada seja revertida aos membros da classe lesada (indivíduos representados em juízo). Nesses casos, com a chancela da corte, admite-se que os valores sejam revertidos a uma finalidade “o mais próximo possível” do fato gerador do prejuízo, proporcionando um “benefício indireto” aos sujeitos afetados pelo evento.

O exemplo mais elucidativo da inviabilidade de se recompor os específicos prejuízos sofridos pelos indivíduos integrantes do grupo representado em juízo é encontrado em danos de pequena monta em eventos que atingem centenas, ou mesmo milhares de sujeitos – v.g., um aumento indevido de alguns centavos em tarifas do transporte público. Ainda que possivelmente ninguém tenha interesse em pleitear o ressarcimento de valores extremamente módicos (considerando a logística e o desgaste que isso exige), do ponto de vista global, a soma dos valores auferidos indevidamente pelo responsável pela prática irregular pode ser significativa, sendo certo que a condenação à devolução dos valores (ainda que mediante destinação à finalidade que promova um benefício indireto dos sujeitos prejudicados) tem caráter pedagógico e coíbe o enriquecimento ilícito.

(...)

2. Aplicação da técnica do *cy-près* nos termos de ajustamento de conduta

2.1. Termo de ajustamento de conduta e negociação (considerações indiciais)

A principal previsão legal acerca do termo de ajustamento de conduta é o art. 5, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública (inserido pelo Código de Defesa do Consumidor), no entanto, não é o único diploma a prever o TAC. É importante lembrar que este instrumento também é previsto, entre outros, no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 211).

O termo de ajustamento de conduta tem natureza de título executivo extrajudicial, salvo quando for celebrado no bojo de uma demanda coletiva já judicializada, quando, evidentemente, será título executivo judicial

(...)

No âmbito infralegal, no plano nacional, este instrumento passou a ser regulamentado pela Resolução n. 179 do Conselho Superior do Ministério Público (CNMP), que, como será abordado em seguida, trouxe uma modalidade de distribuição de indenizações e multas nos moldes do *cy-près* norte-americano;

Ainda sobre o compromisso de ajustamento de conduta, adotamos aqui a posição que lhe confere a natureza de acordo. De fato, em se tratando de interesses coletivos não pode o



legitimado extraordinário deles dispor. Porém, como pontua Fernando Reverendo Vidal Akaoui, mesmo que não existam concessões mútuas neste ajustamento, nem por isso não se está diante de um acordo, uma vez que o litígio é pacificado de maneira autocompositiva.

Quando se está diante de uma negociação com vistas à celebração de um compromisso de ajustamento de conduta, o agente público que está ocupando o papel de negociador, almejando que o interessado adeque sua conduta, sob certo prisma de análise, tem a seu favor o poder de autoridade, o que, muitas vezes, facilita com que o compromissário se sujeite aos termos propostos. No entanto, como visto, em uma negociação nunca se obtém tudo aquilo que se deseja – então, como essa circunstância pode ser compatibilizada com a indisponibilidade de interesses coletivos? Ora, entende-se que nestes casos a margem negociação será menor do que o verificado em litígios sobre interesses privados, não podendo haver disposição do direito; porém, é plenamente possível a composição consensual acerca do modo pelo qual os direitos indisponíveis serão efetivados (prazo, modo, lugar, definição de elementos não previstos em lei, especificação de conceitos jurídicos indeterminados etc).

2.2. Destinação tradicional de verbas pecuniárias decorrentes de termos de ajustamento de conduta

De um termo de ajustamento de conduta podem decorrer obrigações de pagamento de quantia com as seguintes naturezas: (i) indenização decorrente da conversão da obrigação de fazer/não fazer em obrigação de pagar pecúnia, pela superveniente impossibilidade de consecução daquela; (ii) indenização decorrente de danos extrapatrimoniais, via de regra danos morais coletivos; (iii) multas administrativas; (iv) multa coercitiva (astreinte), fixada no ajuste como forma de coerção indireta para induzir o cumprimento das obrigações assumidas.

Não há na legislação de regência previsão específica sobre a destinação desses valores. Em uma perspectiva tradicional, aplicam-se ao compromisso de ajustamento de conduta as previsões da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor acerca do destino dos valores decorrentes de condenações judiciais em processos coletivos.

Pelo art. 13 da LACP, a condenação em dinheiro será destinada a fundo vocacionado à recomposição dos bens lesados.

Já pelo art. 100 do CDC, em se tratando de condenação em ação coletiva que diga respeito à tutela de direitos individuais e homogêneos, quando não houver a habilitação suficiente de interessados para promoveras respectivas liquidações/execuções individuais, os valores em questão serão destinados ao fundo mencionado pela lei que rege a ação civil pública.

A opção legislativa brasileira de destinação de verbas pecuniárias provenientes de condenações em processos coletivos para fundos foi vulgarmente batizada de *fluid recovery*.

No entanto, os contornos do modelo brasileiro pouco se assemelham àquele da “reparação fluída” do direito norte-americano.



No modelo dos Estados Unidos, o Poder Judiciário – no caso concreto – determina como se dará aplicação dos valores, podendo, desta forma, alocar os recursos em finalidade que guarde maior correspondência com a situação que ensejou o dano coletivo (registre-se que a doutrina da common law utiliza o termo fluid recovery para fazer menção à uma específica modalidade de cy-près, não havendo espaço para aprofundar o tema neste estudo).

O modelo brasileiro dos fundos falha na medida em que os valores obtidos em uma sentença proferida em ação coletiva, ou mesmo em um acordo celebrado em um conflito coletivo, não são destinados a finalidades que guardem correspondência com o específico direito coletivo ou individual de massa lesado.

É possível que verbas decorrentes de indenização por dano ambiental sejam destinadas a projetos relativos ao tema do direito do consumidor.

Sob outro prisma, mesmo que os valores sejam revertidos a uma matéria que guarde correspondência com o fato gerador da indenização (por exemplo, quando o dinheiro decorrente de uma condenação por danos morais coletivos provenientes de dano ambiental é destinado a um projeto que contemple campanhas de preservação ambiental), igualmente não se terá uma adequada correspondência entre a origem dos fundos e sua aplicação – ora, imagine-se que é perfeitamente possível que as verbas que têm como origem condenação em ação civil pública ambiental por danos ocorridos no pequeno Município de Santa Izabel do Oeste/PR sejam utilizadas para a promoção de eventos de conscientização ecológica realizados apenas em algumas capitais brasileiras.

O modelo brasileiro distancia-se em muito do dogma do “mais próximo do possível” valorizado pela jurisprudência e doutrina norte-americanas. Em verdade, o sistema previsto na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor malfez o próprio princípio da reparação integral (valor que norteia a responsabilidade civil), especialmente em sua faceta “compensatória”, na medida em que se perde a relação de equivalência entre a destinação da indenização e os danos sofridos pelos lesados.

A corroborar com a insuficiência do modelo brasileiro de “reparação fluida”, registre-se ter sido apurado que a União vinha, desde 2011, realizando o contingenciamento de valores alocados no Fundo de Direitos Difusos como forma de promoção artificial do superávit primário.

(...)

Talvez o Ministério Público do Trabalho seja a instituição, entre as várias que formam o Ministério Público, com maior protagonismo na tutela coletiva, tanto no âmbito judicial como no extrajudicial.

De fato, em uma primeira análise, menos sofisticada, a atuação extrajudicial deste órgão também estaria condicionada pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, de modo que os



recursos obtidos pelo MPT em termos de ajustamento de conduta e condenações judiciais deveriam ser direcionados ao Fundo de Direitos Difusos (FDD).

Ato contínuo, de forma pioneira, no âmbito da Procuradoria Regional do Trabalho da 10. Região, com atribuição para atuar no Distrito Federal e no Tocantins, passou-se a convencionar nos compromissos de ajustamento de conduta a destinação alternativa de recursos, revertendo-os a instituições de interesse público e social, prática que se disseminou na atuação do MPT em âmbito nacional”.

(...)

2.5. Necessidade de fundamentação da destinação alternativa de recursos pelo Ministério Público e prestação de contas.

A aplicação do *cy-près* (destinação alternativa de recursos) no âmbito dos termos de ajustamento de conduta ainda merece maiores cuidados além daqueles já previstos na estudada Resolução 179 do CNMP.

De fato, ao prever a preferência da destinação das verbas à finalidades que se relacionem com os sujeitos lesados e com a região onde ocorreu o dano, busca-se evitar situações das quais se teve notícia na prática, como a destinação, sem maiores cuidados, de indenizações e multas oriundas do TAC para a igreja da comunidade ou para a associação de cadetes do exército da cidade.

Ainda que essas **instituições realizem projetos sociais com os valores que lhes são remetidos, possivelmente nestes casos não haverá o benefício indireto do grupo afetado pelo dano, mormente diante da ausência de relação entre a finalidade em que são aplicadas as verbas e o fato gerador destas.**

Além do mais, há o risco de que essas instituições beneficiadas sejam escolhidas apenas com base na discricionariedade subjetiva do agente ministerial que oficia no feito.

Essa crítica também é feita por Izabel Cristina de Almeida Teles (TELES, Izabel Cristina de Almeida. Destinação dos recursos oriundos dos TACs e dos acordos e condenações judiciais. Boletim Científico ESMPU. n. 44. Brasília: ESMPU, 2015, p. 92) : ***“Observa-se, ainda, nas destinações feitas pelo Ministério Público às instituições de interesse social, que não há muita preocupação quanto a se a finalidade da instituição possui similitude com o objeto do TAC ou da ACP. Veem-se muitas destinações para hospitais, creches, entre outros, em que, decerto, a sociedade será beneficiada, mas não haverá a reconstituição do bem lesado”.***

Outro fator adicional que deve ser considerado quando se destina verbas decorrentes de um TAC de forma alternativa é a prestação de contas.



Quando os valores decorrentes de um compromisso de ajustamento de conduta são revertidos a fundo legalmente previsto está assegurada a prestação de contas ao Tribunal de Contas; no entanto, essa prestação de contas não existe em relação às entidades privadas.

Essa situação, em um primeiro momento, fez com que o Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná rechaçasse a homologação de compromissos em que as verbas decorrentes de multas incidentes não fossem revertidas a entes públicos ou aos fundos.

No final de 2018, o CSMPPR não homologou o TAC celebrado pela Promotoria de Justiça de Iretama nos autos de inquérito civil n. 0068.17.000140-5. O colegiado entendeu que a multa necessariamente deveria ser destinada a um fundo público sujeito à fiscalização de contas. No caso em análise, apurou-se que certo servidor da Secretaria de Assistência Social do Município teria feito uso indevido da sede do órgão para o exercício de advocacia. Trata-se de ato de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo, (que hoje, nos termos das resoluções n. 179 do CNMP e 01/2017 do Conselho Superior do MPPR, atendidas certas condições, permite a celebração de compromisso de ajustamento de conduta). Na situação, para além do pagamento de multa no valor de dez mil reais revertidas ao Município, acordou-se que o compromissário também pagaria indenização na cifra de quinze mil reais a título de danos morais coletivos para a entidade denominada “Lar dos Velinhos São Vicente de Iretama”. De fato, malgrado as discussões em relação à prestação de contas, pode-se afirmar que a destinação da indenização tinha o condão de promover o “benefício indireto” do grupo lesado, uma vez que uma das funções primordiais da assistência social (serviço lesado pela ação do agente improbo no caso em tesa) é atender idosos em situação de risco.

No entanto, logo em seguida esse entendimento do CSMPPR foi revisto a partir das seguintes premissas: a) o Promotor de Justiça da Comarca conhece a comunidade e é o ator com maiores condições de saber qual é a melhor destinação a ser dada a uma multa/indenização proveniente de um TAC; b) a prestação de contas da aplicação dos recursos poderá ser feita ao próprio agente ministerial responsável, que fará o acompanhamento no próprio procedimento extrajudicial.

(...)

Com base na experiência paranaense, concluímos essa tese estabelecendo como requisito derradeiro para a admissão da utilização em TACs de formas de distribuição de recursos similares ao *cy-près* a prestação de contas da aplicação das verbas ao legitimado coletivo de natureza pública que tomou o compromisso, podendo ser realizada no próprio procedimento que houve a celebração do ajuste”

(...)



Da análise do artigo supra, é possível inferir-se que, embora possível a destinação do valor obtido por acordo ou condenação, ao Ministério Público Federal, nos Termos de Ajustamento de Conduta, em Ação Civil Pública, para destiná-lo a instituições que realizem projetos sociais com os valores que lhes são remetidos, a aplicação do “cy-près” (destinação alternativa de recursos) no direito brasileiro só ocorre, como exceção, e não como regra.

Isso porque o artigo 13 da LACP, prevê expressamente que a condenação em dinheiro será destinada **a fundo vocacionado** à recomposição dos bens lesados, no caso, **o FDD** (negrito nosso).

Já pelo art. 100 do CDC, em se tratando de condenação em ação coletiva que diga respeito à tutela de direitos individuais e homogêneos, quando não houver a habilitação suficiente de interessados para promover as respectivas liquidações/execuções individuais, os valores em questão serão destinados ao **fundo** mencionado pela lei que rege a ação civil pública.

No caso, segundo o autor do artigo, a opção legislativa brasileira de destinação de verbas pecuniárias provenientes de condenações em processos coletivos para fundos foi vulgarmente batizada de *fluid recovery*.

Observo que, além de haver previsão legal específica, no caso do Brasil, de destinação dos valores arrecadados, tanto por acordo, quanto por sentença, em Ações Cíveis Públicas, para um fundo específico, o que torna subsidiária qualquer aplicação de *destinação alternativa de recursos (cy-près)*, outro problema, e este, talvez ainda de maior monta, seja justamente o da Prestação de Contas dos valores a serem repassados, porquanto as eventuais instituições beneficiárias, via de regra, por não serem partes no processo, não se submetem a controle público do uso das verbas, notadamente, pelo TCU.

Assim, tal modelo (cy-près), não obstante a lógica e engenhosidade jurídica, próprias do direito norte-americano, somente deve ser usado no sistema da LACP, de forma subsidiária, e caso não seja possível a destinação direta do valor ao Fundo de Direitos Difusos, órgão específico, criado para gerir as receitas de tal arrecadação.

Reitera o Juízo que não desconhece a discussão atinente a utilização dos recursos do Fundo em questão, que vem sendo travada pelo Ministério Público Federal, inclusive em âmbito judicial (vide ACP nº 5008138-68.2017.403.6105), que discute acerca do possível desvio da destinação específica que os valores do fundo vem sofrendo.

Todavia, havendo lei, no caso, e a previsão de que tal verba seja destinada ao fundo de direitos difusos, e não ao autor da ação, em princípio, a ela deve-se vincular-se o Juiz.

DISPOSITIVO:



Assim, INDEFIRO o Parágrafo Segundo, da Cláusula Terceira, do Termo de Ajustamento de Conduta reformulado, sob o Id nº 32345667, que prevê a forma como o Ministério Público aplicaria o valor depositado pela MICROSOFT, em ações diversas, que não a prevista legalmente, e homologo o Parágrafo Terceiro da aludida Cláusula Terceira, que prevê que “os recursos serão destinados ao Fundo de Direitos Difusos de que trata o artigo 13, da Lei Federal nº 7347/1985”, mantido, no mais todos os termos do TAC, já homologado por este Juízo.

Transitada em julgado a presente decisão, deverá a União Federal informar qual o código de receita, para oficiar-se à CEF, para conversão do valor depositado judicialmente, pela Microsoft, no importe de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) integralmente em favor do Fundo de Direitos Difusos.

No mais, observo que a preliminar de ilegitimidade passiva, arguida pela União Federal se confunde com o mérito, e com ela será analisada.

Por fim, determino que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir, justificando a pertinência, ou informem se concordam com o julgamento antecipado da lide.

Oportunamente, tornem conclusos.

P.R.I.

São Paulo, 18 de março de 2021.

CRISTIANE FARIAS RODRIGUES DOS SANTOS

Juíza Federal

