

O FUNDO DE DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS

Revista de Direito do Consumidor | vol. 67/2008 | p. 62 - 99 | Jul - Set / 2008
DTR\2008\402

Arthur Badin

Mestrando em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da USP. Procurador-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para os mandatos 2006/2007 e 2008/2009. Foi presidente do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos entre 2003/2005. Advogado.

Área do Direito: Consumidor

Resumo: No Brasil, a tutela jurisdicional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é realizada por meio da ação civil pública. Mas, se os direitos difusos e coletivos são transindividuais e indivisíveis entre os membros da classe, a quem é devida, quando houver, a condenação em dinheiro? E, no caso dos interesses individuais homogêneos, o que fazer com os recursos que não forem ou não puderem ser reclamados pelos lesados? Como devem ser aplicados esses recursos e a quem compete decidi-los? A resposta a essas questões, inevitavelmente, passa pelo mecanismo criado pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública: o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). Não obstante seja um dos mais importantes instrumentos de efetivação da tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o FDD é um tema mal resolvido no Direito brasileiro. Negligenciado pela doutrina nacional e vítima do descaso de muitos governos estaduais, o FDD ainda é pouco compreendido e operante, do que decorrem a tibieza do instrumental teórico e a incipiência da prática administrativa. O artigo pretende suprir esta lacuna, abordando os principais e mais polêmicos aspectos do FDD, sobretudo a partir da jurisprudência norte-americana na reparação fluida de danos difusos e coletivos (fluid recovery ou cy près) e da exitosa experiência do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD).

Palavras-chave: Ação civil pública - Fundo de Defesa de Direitos Difusos - Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos - Fluid recovery - Cy près

Abstract: The "ação civil pública" (hereinafter "ACP") is the name given to Brazilian juridical action for the protection of collective rights (collective action/class action). For legal purposes, collective rights are classified as "difuso" (diffuse), "coletivo em sentido estrito" (collective stricto sensu) and "individual homogêneo" (homogeneous individual). "Diffuse rights", as the protection of the environment or historical heritage, have a transindividual and indivisible nature because they can only be dealt with in a unified way. Collective stricto sensu rights are also transindividual and indivisible, but members of a class action can be identified, because they are all in the same legal circumstances (for instance, members of the Bar Association injured by an administrative act limiting their rights). Homogeneous individual interests can be plead individually, but due to the large number of victims, they can be dealt together collectively. Since diffuse and collective stricto sensu interests are indivisible, to whom should the funds be given? What can be done with leftover funds in case of individual homogeneous interests protection? How should these funds be applied? Who ought to decide about the destination of the funds? The answer to all these questions are inevitably dependent on the public fund created by article 13 of the Brazilian collective/class actions act ("Fund for the Protection of Collective Rights", hereinafter "FDD"). Although FDD is one of the most important tools for the enforcement of the protection of collective rights, it is still not fully developed and implemented in Brazil. First, there are rare papers addressing juridical issues of FDD. Second, many Brazilian States have not yet implemented the FDD, despite the fact that the ACP Law was enacted 23 years ago. This paper intends to address the main and controversial issues about FDD, inspired by the American jurisprudence of the fluid recovery and cy près, as well as by the key achievements of the federal FDD and its Administrative Counsel (CFDD).

Keywords: Collective action/class action - Fund for the Protection of Collective Rights -

Administrative Counsel for the Fund for the Protection of Collective Rights - Fluid recovery - Cy prês
Sumário:

1. Introdução - 2. A quem pertence o ar que respiro? - 3. A quem as condenações em dinheiro são devidas e como deve ser aplicado? - 4. Pode o juiz aplicar o cy prês? - 5. Algumas questões polêmicas sobre o FDD - 6. O Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos - 7. Fundos estaduais: um lamentável descaso - 8. (In)Efetividade das ações civis públicas - 9. Conclusão

1. Introdução

Entre as décadas de 70 e 80, jovens processualistas brasileiros¹ - influenciados, sobretudo, pelas lições dos professores italianos M. Taruffo (1968), Vittorio Denti (1971)² e Mauro Cappelletti (1978)³ - empreenderam seus estudos sob a tônica de uma idéia que até então se poderia dizer revolucionária: a "instrumentalidade do processo". A boa sementeira encontrou terra fértil: associando a melhor técnica ao ativismo, esses brilhantes acadêmicos influenciaram positivamente a política legislativa das décadas de 80 e 90, quando se assistiu, no Brasil, a uma verdadeira "onda modernizadora" em busca da efetividade da tutela, mormente da efetivação dos direitos e garantias "sociais" ou de "segunda geração".⁴

O que se pretendia com este movimento reformador era "(i) a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e (ii) à defesa de direitos e interesses supra-individuais, com (iii) a racionalização do processo", que "quer ser um processo de resultados, não um processo de conceitos ou de filigranas". Em outras palavras, o que se buscava era a efetividade do processo, sendo indispensável, para isso, "pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo". "Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarda ou alguma injustiça de qualquer ordem" (DINAMARCO, 1998, p. 21).

Em conferências que proferiu sobre o tema, assinalou o Prof. Mauro Cappelletti ser muito fácil declarar os direitos sociais; o difícil é realizá-los (RIBEIRO, 1999, p. 123). Daí que "o movimento para acesso à justiça é um movimento para a efetividade dos direitos sociais", e a sua investigação deve ser feita sob três aspectos principais, aos quais denominou "ondas renovatórias". A primeira refere-se à garantia de adequada representação legal dos pobres (mediante a criação e estruturação das defensorias públicas). A segunda onda renovatória visa à tutela dos interesses difusos ou coletivos. A terceira onda preocupa-se com fórmulas para simplificar os procedimentos e torná-los melhor votados ao resultado concreto.

Na crista da "segunda onda renovatória", foi editada no Brasil a Lei 7.347/85 (LACP). Ao introduzir e disciplinar as ações coletivas no Brasil, a LACP criou importante mecanismo de defesa judicial dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, notadamente o meio ambiente, os direitos do consumidor, o patrimônio histórico, estético, turístico, e paisagístico, a livre concorrência e os direitos dos hipossuficientes. Ao permitir que fosse levada ao Poder Judiciário a defesa dos direitos difusos e coletivos, a LACP tornou as decisões e políticas públicas mais permeáveis e sujeitas ao controle social. O cidadão passou a ser também sujeito e não apenas objeto das políticas públicas.

A Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), elevando as relações de consumo a novo patamar ético, logrou implementar significativos benefícios aos cidadãos brasileiros, no que tange ao respeito à sua dignidade e boa-fé, à melhoria da qualidade de vida e aos direitos à informação, proteção contratual e judicial e incolumidades física, moral e econômica. O CDC (LGL\1990\40), ao estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, recobrou a dignidade do cidadão-consumidor, assegurando-lhe o respeito de

fornecedores e das instituições encarregadas de zelar pelo seu bem-estar. O CDC (LGL\1990\40) introduziu importantes e revolucionários mecanismos de proteção e efetivação dos direitos do consumidor em juízo, como a ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos, a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente e a criação do Termo de Ajustamento de Conduta (art. 113 do CDC (LGL\1990\40), que acresceu o § 6.º no art. 5.º da Lei 7.347/85).

Referidos diplomas normativos eram e ainda são considerados os mais modernos e avançados sistemas de proteção dos direitos do cidadão no mundo. Revolucionaram a cultura jurídica nacional e os tradicionais mecanismos de resolução de conflitos herdados do liberalismo jurídico do século XIX, marcadamente judicializados e individualistas, incapazes de responder à complexidade inerente a uma sociedade de massas.

Não por coincidência, a promulgação dos referidos diplomas normativos se insere no contexto do movimento de redemocratização do Brasil, que culminou, três anos após a LACP (1985) e dois anos antes do CDC (LGL\1990\40) (1990), com a promulgação da Constituição "cidadã" de 1988. Sua consolidação é fruto do processo histórico de introjeção dos valores democráticos da cidadania e da dignidade da pessoa humana, pilares da nova República, que se iniciou com a posse do primeiro presidente civil após o regime militar, em 1985.

Desde a edição da LACP e do CDC (LGL\1990\40), milhares de livros, artigos e teses foram editados, escrutinando cada questão de sua aplicação. Essa obra coletiva talvez constitua, no mundo de tradição de civil law, o maior e mais evoluído sistema de proteção dos direitos difusos e coletivos. Não obstante, são poucos, raríssimos, os autores que se debruçaram atentamente sobre o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado no art. 13 da Lei 7.347/85 e regulamentado, no âmbito federal, pela Lei 9.008/95.⁵ O presente artigo pretende suprir essa lacuna, ainda que modestamente, com vistas a contribuir para o debate acerca da efetividade da tutela dos direitos difusos e coletivos.

2. A quem pertence o ar que respiro?

Com esta pergunta curiosa, Mauro Cappelletti, em 1975, chamou nossa atenção para um fenômeno até então pouco compreendido: a existência de alguns "direitos" que não eram titulados por qualquer indivíduo isoladamente, mas por vários ao mesmo tempo, sendo impossível cindi-los em partes. Intuíam-se, àquela época, a possibilidade de certos direitos não integrarem o patrimônio jurídico de um indivíduo isoladamente, mas sim do de toda uma coletividade de pessoas. Essa noção abalava a pedra fundamental do sistema de civil law: a noção de direito subjetivo. De certa forma, certos interesses, embora não integrados na esfera jurídica de um indivíduo, passavam a ser objeto de proteção jurídica como direito sem sujeito ou "objetivos". Eram os chamados "direitos institucionais", que materializavam os anseios do Estado Social à proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico, cultural e paisagístico, da higidez da ordem econômica, dentre outros.

Se a possibilidade de tutela dos direitos coletivos surpreendia os doutrinadores na década de 70, o mesmo não se podia dizer da tutela coletiva de direitos. Desde pelo menos o século XVII, na Inglaterra, conhecia-se a aplicação da bill of peace, uma autorização para processamento coletivo de ação individual, geralmente concedida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme e evitando a multiplicação de processos. Desse instituto jurídico desenvolveram-se as class actions do direito americano (YEAZELL, 1987, p. 866).

A promulgação, em 1985, da LACP permitiu no Brasil tanto a tutela de direitos coletivos como a tutela coletiva de direitos. Posteriormente, conferindo maior sistematicidade, o art. 81 do CDC (LGL\1990\40) classificou os direitos "coletivos" em "difusos" e "coletivos (stricto sensu)". Os "direitos difusos" são aqueles "transindividuais, de natureza

indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato" (por exemplo, meio ambiente e patrimônio histórico). Os interesses ou "direitos coletivos (stricto sensu)" são os "transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base" (por exemplo, um interesse relativo a toda classe dos advogados). A par desses "direitos coletivos", o CDC (LGL\1990\40) reconheceu a possibilidade de "tutela coletiva" dos "interesses individuais homogêneos", assim entendidos aqueles divisíveis, mas decorrentes de origem comum (por exemplo, os consumidores que compraram o mesmo veículo com defeito de série).

Assim, a ACP visa promover a responsabilidade por danos causados aos direitos difusos, coletivos (stricto sensu) e individuais homogêneos, podendo ter por objeto tanto a cominação de obrigações de fazer ou não fazer como condenação em dinheiro (art. 3.º da LACP). Ora, mas se é certo que o ar que respiramos a ninguém pertence individualmente, mas a toda coletividade, para quem devem ir os recursos oriundos das condenações em dinheiro pelos danos a ele causados? O que fazer com esses recursos? E, no caso dos interesses individuais homogêneos, o que fazer com os recursos que não vierem a ser reclamados pelos indivíduos lesados?

3. A quem as condenações em dinheiro são devidas e como deve ser aplicado?

Nos Estados Unidos, como é próprio da tradição de common law, a resposta à questão proposta neste capítulo foi construída pela jurisprudência e resultou no chamado sistema de fluid recovery no âmbito das class actions.⁶ Não raras vezes, os recursos oriundos das condenações em dinheiro em class actions não eram reclamados (unclaimed funds), deixando os prejudicados de pleitear sua reparação individual (In re Folding Carton Antitrust Litig.).⁷ Isso poderia se dar por pelo menos três razões. A uma, porque os prejudicados não eram encontrados ou dificilmente se poderiam identificar, como os passageiros de táxi vítimas de cartel (Daar v. Yellow Cab Co.).⁸ A duas, porque o dano é causado a um interesse indivisível (ou difuso), como a boa prestação de um serviço de interesse público (Market Street Railway v. Railroad Commission).⁹ A três, porque os valores individualmente considerados são tão insignificantes que não compensam ao prejudicado individualmente ir a juízo obtê-los (State v. Levi Strauss & Co.).¹⁰

Embora em alguns casos os valores individualmente considerados sejam insignificantes, a ponto de desestimular sua reclamação em juízo, dependendo do número de membros da classe, o somatório pode se traduzir em vultosa monta. Em West Virginia v. Chas. Pfizer & Co., Inc.,¹¹ por exemplo, US\$ 32 milhões dos US\$ 100 milhões pagos mediante acordo judicial não foram reclamados por ninguém.¹²

O fato de não haver reclamantes, ou estes serem de difícil ou impossível identificação, despertou acirrado debate na jurisprudência americana acerca do que fazer com os recursos obtidos a partir das condenações em dinheiro nas class actions. Em certos casos, defendeu-se que tais recursos deveriam retornar ao causador do dano (reversion to defendant), sob a lógica de que não se deveria onerá-lo se às próprias vítimas não interessa a reparação (Wilson v. Southwest Airlines, Inc.¹³ e Van Gemert v. Boeing Company).¹⁴ A repulsa a esse tipo de solução parece óbvia. O dano existe e, portanto, não pode seu causador se beneficiar das dificuldades decorrentes da atomização dos lesados (Friar v. Vanguard Holding Corp.).¹⁵ Ademais, o causador do dano, que pagou em juízo a quantia a que foi condenado, não é o titular dos valores não reclamados e, portanto, não pode se apropriar desse montante (Hansen v. United States).¹⁶

Em alguns casos (In re Folding Carton Antitrust Litig.),¹⁷ os tribunais americanos determinaram a reversão dos recursos não reclamados ao ente público governamental (escheat). Ocorre que, segundo a Federal Law,¹⁸ o governo federal pode servir como custodiante dos recursos por cinco anos, revertendo-se-lhe o saldo não reclamado ao final desse período. Entretanto, tal solução, na maioria dos casos, não parece ser a mais adequada. Em primeiro lugar, por não garantir que os recursos sejam revertidos efetivamente para reparar os danos que justificaram a condenação em dinheiro (afinal,

ingressados no orçamento geral do ente federativo, a destinação dos recursos passava à discricção do governo, que poderia empregá-lo em qualquer das inúmeras atividades atribuídas à administração). Em segundo lugar, a reversão dos recursos não reclamados ao Estado poderia gerar uma situação paradoxal, já que não raras vezes o causador do dano é o próprio ente estatal ou empresa concessionária de serviço público.

Outra solução considerada na jurisprudência americana é a divisão dos recursos não reclamados entre os prejudicados que se apresentaram (fund-sharing ou Pro rata distribution to the class members) (State v. Levi Strauss & Co.).¹⁹ Claramente, a solução tem a desvantagem de representar um benefício além do ressarcimento, o que implica enriquecimento sem causa (windfall).

Diante das imperfeições de todas as soluções acima, a jurisprudência norte-americana tem preferido o fluid recovery. O instituto evoluiu a partir da aplicação analógica de um instituto de direito das sucessões denominado cy prè, aplicado pelas cortes de equity. A expressão vem do francês medieval,²⁰ e condensa a fórmula "aussi prè comme possible" ("o mais próximo possível"). Em alguns casos, verificava-se impossível o cumprimento fiel da vontade do de cujus, tendo em vista a superveniência de fatos modificativos de circunstâncias laterais da declaração testamentária. Por exemplo, o caso em que o orfanato para o qual o de cujus havia legado parte de sua herança tenha sido extinto. Opondo-se à pretensão dos herdeiros de ficar com esses recursos, em contrariedade à vontade do de cujus, os juizes dos tribunais de equity passaram a determinar destinações aos recursos "da forma mais próxima possível" à pretendida pelo testador. No exemplo, poderia ser determinado fossem os recursos vertidos para outro orfanato, na mesma região.²¹ A justificativa, à época, era a de que "uma vez que o objetivo do doador, ao doar recursos para caridade, era obter posição mais vantajosa no reino dos céus, não seria correto frustrá-lo nessa vontade em razão de uma falha imprevisível na declaração testamentária".²²

A Suprema Corte do Estado da Califórnia adotou o mecanismo do cy prè em class actions pela primeira vez em 1986, no julgamento do caso State v. Levi Strauss & Co.,²³ para destinar os recursos não reclamados à "segunda melhor solução possível". No caso, a empresa-ré foi condenada ao pagamento de US\$ 12,5 milhões pela prática de cartel na fixação de preços de peças de vestuário (calças jeans). Ressarcidos os consumidores lesados pelo ilícito antitruste, o saldo foi destinado à criação de um trust,²⁴ cujo objeto era voltado para "defesa dos interesses dos consumidores" (propositura de ações coletivas, financiamento de pesquisas acadêmicas e promoção de eventos educativos). A partir do referido precedente, várias outras cortes passaram a adotar o mesmo mecanismo, que também ficou conhecido como fluid recovery.²⁵

Todavia, já desde Market Street Railway v. Railroad Commission,²⁶ a Suprema Corte do Estado da Califórnia vinha aplicando o instituto além do direito sucessório, embora não em ações coletivas (class actions) propriamente ditas. Naquele caso, a companhia de transportes urbanos havia lesado milhões de passageiros ao cobrar tarifas acima da permitida. Como seria impossível identificar cada um dos passageiros que foram lesados pela cobrança ilícita, bem como ínfimo o crédito individual, a corte determinou uma solução que beneficiaria, de forma indireta, a "classe" dos consumidores: a reversão dos recursos oriundos da condenação em dinheiro à cidade de São Francisco, para manutenção do sistema viário. Em um outro precedente paradigmático, Daar v. Yellow Cab Co., a corte determinou a redução temporária das tarifas de táxi, em resposta à imposição de sobrepreço decorrente da violação às leis antitruste.

O cy prè (ou fluid recovery) vem sendo tradicionalmente utilizado em casos em que é impossível ou muito difícil identificar os membros da classe, por serem numerosos ou mudarem constantemente, como visto em Market Street Railway v. Railroad Commission.²⁷ O direito americano confia à ampla discricção das cortes a destinação dos recursos segundo o mecanismo do fluid recovery. A amplitude dessa discricionabilidade pode ser aferida pelos seguintes exemplos:

Criação de um trust cujo objeto será promover atividades voltadas à proteção dos consumidores, incluindo pesquisa e propositura de ações judiciais (State v. Levi Strauss & Co.);²⁸

Recursos distribuídos a quatro escolas de direito de Chicago e para um trust criado por advogados para prestar assistência judiciária gratuita a pessoas carentes (Coordinating Committee of Mechanical Specialty Contractors Ass'n v. Duncan);²⁹

Reversão de US\$25 mil para duas escolas de Direito para financiamento dos estudos de estudantes carentes (Lindy Bros. Builders v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.);³⁰

Reversão dos recursos não reclamados para uma fundação vinculada à Bar Association de Chicago (órgão representativo dos advogados, como uma seccional da Ordem dos Advogados do Brasil) (Illinois v. J.W. Petersen Coal & Oil Co.;³¹ idem Seiden v. Nicholson);³²

Recursos não reclamados vertidos para uma fundação de assistência jurídica a pessoas carentes e para um comitê de defesa dos direitos civis da Bar Association (Liebman v. J.W. Petersen Coal & Oil Co.);³³

Recursos entregues à Roger Baldwin Foundation e para a comissão de direitos civis (Boothe v. Recrion;³⁴ idem Benaron v. Sears Roebuck & Co.);³⁵

Pagamento feito a uma recém-criada fundação para estudos dos efeitos biológicos da exposição à radiação decorrente de um acidente em uma planta nuclear (In re Three Mile Island Litigation);³⁶

Recursos distribuídos para a livraria da escola de Direito da universidade local (Girsch v. Jenson);³⁷

Recursos não distribuídos entre os membros da classe doados a centros de assistência médica (Sanchez v. Lowell Leberman Inc.);³⁸

Recursos distribuídos à Associação dos General Attorneys (que têm funções similares aos Procuradores-Gerais de Justiça) (In re Corrugated Container Antitrust Litigation³⁹ idem New York v. Dairy Cooperative);⁴⁰

Recursos distribuídos para melhoria da "saúde pública" (tratamento de dependentes de drogas, programas de controle da poluição e campanha publicitária de divulgação das leis ambientais contra poluição (West Virginia v. Chas. Pfizer & Co.);⁴¹

Recursos destinados a organizações de caridade que se ocupam de alimentar pessoas carentes (Ohio Public Interest Campaign v. Fisher Foods);⁴²

Mais de US\$ 2 milhões divididos segundo um certame organizado pela corte, que publicou edital convocando interessados em apresentar projetos. Os recursos foram destinados aos projetos escolhidos, de 14 diversas organizações sem fins lucrativos, entre as quais um serviço de assistência judicial da universidade de Chicago, a comissão de direitos civis da Bar Association, o Museu de Arte de San Jose, o serviço de voluntariado de Chicago, TV pública local, atividades da comunidade judaica (Superior Beverage Co. v. Owens-Illinois Inc.);⁴³

Mais de US\$ 8 milhões ao National Association for Public Interest Law, para um programa de estágio para advogados recém-formados em órgãos públicos, pagando-se parte de seus salários (In re Ocean Shipping Antitrust Litigation);⁴⁴

Dinheiro doado a escolas de direito para ensino de prática jurídica e ética (In re Corrugated Container Antitrust Litigation);⁴⁵

US\$ 1,4 milhão entregues à Consumers Union of United States, Inc./West Coast

Regional Office (associação civil em defesa dos interesses dos consumidores), para serem aplicados em projetos envolvendo interesse público (Vasquez v. Avco Fin. Servs);⁴⁶

US\$ 200 mil para melhoria dos programas de proteção e prevenção de violência contra crianças e adolescentes e vítimas de violência doméstica (Shapiro v. Barrett);⁴⁷

Recursos para American Judicature Society (sociedade composta por juizes, advogados e cidadãos para melhoria do sistema judiciário americano) (Isenstein v. Rosewell).⁴⁸

Como se pode ver, a gama de destinações feitas pelos juizes americanos é bastante ampla, indo desde a criação de trusts para promoção da defesa de direitos difusos (mediante financiamento de pesquisas científicas, realização de eventos educativos e ajuizamento de ações coletivas), até beneficiar associação da qual participem... os próprios juizes! Por essas e por outras, como se era de esperar, a ampla discricionariedade dos juizes foi objeto de algumas críticas.⁴⁹

No Brasil, os recursos oriundos das condenações em dinheiro devem ser obrigatoriamente aplicados na reconstituição dos bens difusos e coletivos lesados, no caso de direitos difusos e coletivos (art. 13 da LACP). Em se tratando de interesses individuais homogêneos, os recursos devem servir para ressarcir os indivíduos que, habilitando-se no processo, demonstrarem seu crédito (art. 100 do CDC (LGL\1990\40)).⁵⁰ Todavia, sendo a lesão a direito difuso e coletivo irreparável ou de difícil reparação, ou havendo recursos não reclamados (em caso de lesões a direitos individuais homogêneos), admite a lei brasileira seja adotada destinação alternativa, tal qual no sistema de *cy prês* ou *fluid recovery* norte-americano, ou seja, "mais próxima possível" daquele ideal.

Assim, autoriza a lei brasileira que os recursos oriundos das condenações em dinheiro nas ações coletivas sejam aplicados na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionado com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas aos direitos difusos e coletivos, como ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem, dentre outros (art. 1.º, § 3.º, da Lei 9.008/95).

Mas a quem compete escolher, dentre essas medidas, aquela que, da forma "mais próxima possível do ideal" (*cy prês*), promova a recomposição (*fluid recovery*) dos danos causados a interesses difusos (em caso de irreparabilidade do dano) ou individuais homogêneos (em caso de recursos não reclamados)?

A quem compete decidir a forma de aplicação alternativa (*cy prês*) dos recursos oriundos das condenações em dinheiro em ações coletivas?

O Brasil não adotou o sistema de *judicial discretion* na aplicação dos recursos oriundos das condenações em dinheiro. Determinou a LACP que, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo federal, quanto aos recursos oriundos da Justiça da União, e fundos estaduais, quanto aos recursos oriundos das respectivas Justiças (art. 13). São os chamados "Fundos de Defesa de Direitos Difusos" (FDD).

Os "fundos" públicos nada mais são do que uma técnica orçamentária que se destina a três finalidades. A primeira é vincular certas receitas a destinações pré-determinadas em lei, destacando-as do orçamento geral do ente federativo. A segunda é permitir o superávit de um ano para outro, de modo que os recursos não gastos num exercício possam ser acumulados para serem usados no seguinte, ao invés de retornarem ao Tesouro. A terceira é permitir sua gestão descentralizada na Administração Pública, confiando-a a conselhos ou entes autônomos.⁵¹

Os FDD devem ser geridos por conselhos administrativos, compostos por representantes do governo, do Ministério Público e da sociedade civil organizada (art. 13 da LACP). No âmbito federal, o FDD é gerido pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), regulamentado pela Lei 9.008/95. Vinculado à estrutura administrativa do Ministério da Justiça, é composto por dez conselheiros, sendo cinco representantes do governo federal, três da sociedade civil organizada e dois de "órgãos de Estado". Os representantes governamentais são indicados pelo Ministério da Justiça (que terá a presidência), pelo Ministério do Meio Ambiente, pelo Ministério da Cultura, pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério da Fazenda. Os três representantes da sociedade civil são selecionados pelo Ministro da Justiça, após escrutínio na sociedade.⁵² Os demais são indicados pelo Ministério Público Federal e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.⁵³

Compete ao CFDD (i) zelar pela correta aplicação dos recursos; (ii) aprovar e firmar convênios e contratos objetivando atender aos fins do FDD federal; (iii) examinar e aprovar projetos de reconstituição de bens lesados, inclusive os de caráter científico e de pesquisa; (iv) promover, por meio de órgãos da administração pública e de entidades civis interessadas, eventos educativos ou científicos; (v) fazer editar, inclusive em colaboração com órgãos oficiais, material informativo sobre os direitos difusos e coletivos; (vi) 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; (vii) examinar e aprovar os projetos de modernização administrativa de órgãos públicos encarregados da tutela dos interesses difusos (como, por exemplo, PROCON e Secretarias de Meio Ambiente) (art. 3.º da Lei 9.008/95).

O CFDD deve aplicar os recursos mediante a celebração de convênios com órgãos públicos federais, estaduais e municipais, ou com entidades civis sem fins lucrativos. Convênios, no direito brasileiro, são contratos que importem transferência de recursos públicos e no qual figurem dois órgãos administrativos ou um órgão administrativo e uma entidade civil sem fins lucrativos, visando à execução de projeto ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

A par de sua legitimação para propositura da ação civil pública (art. 82 do CDC (LGL\1990\40)), a possibilidade de celebração de convênios com entidades civis sem fins lucrativos decorre do reconhecimento da importância do Terceiro Setor⁵⁴ para a promoção da cultura de defesa dos direitos difusos e coletivos.

A aplicação dos recursos deve estar, na medida do possível, relacionada com a natureza da infração ou do dano causado (art. 7º do Dec. 1.306/94). Assim, por exemplo, os recursos originados de condenações em dinheiro em matéria de defesa do consumidor devem ser aplicados em projetos de defesa do consumidor.

Na aplicação dos recursos do FDD, o CFDD é assistido por uma secretaria-executiva, composta por servidores públicos federais, responsável por instruir os processos administrativos a serem submetidos à deliberação do colegiado e de fiscalizar a execução dos projetos apoiados financeiramente com recursos do FDD. Os servidores da secretaria-executiva analisam os projetos e emitem pareceres sobre a adequação aos requisitos legais, bem como sobre a regularidade da aplicação dos recursos.

Parece-nos, o sistema brasileiro, superior ao norte-americano, por confiar a um conselho e não ao juiz a aplicação dos recursos oriundos de condenações em ações coletivas.

Em primeiro lugar, o sistema brasileiro confere maior transparência e accountability à aplicação dos recursos. Isso decorre (i) da centralização do órgão decisório; (ii) da participação do Ministério Público e representantes da sociedade civil organizada no órgão deliberativo; e (iii) da submissão do conselho aos mecanismos normais de fiscalização e controle dos recursos públicos, como Tribunal de Contas, Corregedoria-Geral, Ministério Público etc.

Em segundo lugar, o sistema brasileiro possui maior permeabilidade à influência social, em decorrência da maior transparência, da centralização do órgão decisório e da participação do Ministério Público e de representantes da sociedade civil organizada no órgão deliberativo. Isso permite que a decisão sobre a alocação dos recursos públicos sofra positiva influência da sociedade, o que se tornaria muito difícil se cada juiz pudesse escolher como aplicar os recursos.

Em terceiro lugar, o sistema brasileiro enseja a formulação de uma política pública de defesa dos interesses difusos e coletivos mais eficiente. A implantação de políticas públicas implica a escolha de prioridades na destinação de escassos recursos e bens públicos. A centralização do processo decisório no sistema brasileiro permite a definição de prioridades e a alocação dos recursos naquelas destinações que otimizam a satisfação da finalidade da lei.⁵⁵ Ao contrário do conselho brasileiro, o juiz americano vê a árvore, mas não tem noção da floresta. Disso podem resultar alocações de recursos de forma ineficiente (no sentido de maximização de bem-estar social) ou redundante com outras políticas estatais já em curso. Ao contrário, o sistema brasileiro confia a aplicação dos recursos à discricionariedade de conselheiros que possuem conhecimento técnico específico acerca das políticas nacionais do meio ambiente (Ministério do Meio Ambiente), consumidor (Ministério da Justiça), patrimônio histórico, estético, cultural e paisagístico (Ministério da Cultura) e defesa da ordem econômica (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Além disso, a maior transparência e a participação de representantes da sociedade civil organizada tornam o processo decisório mais permeável à influência social, permitindo a realização de escolhas de prioridades mais bem informada sobre as necessidades em todo país.

Em quarto lugar, o conselho, assistido pela secretaria-executiva, dispõe de estrutura técnica para aplicar e fiscalizar a aplicação dos recursos. Além dos conselheiros serem especialistas nas suas respectivas áreas de atuação (meio ambiente, patrimônio histórico, ordem econômica etc.), a secretaria-executiva possui servidores especialistas em contabilidade pública e aplicação de recursos públicos. Tais técnicos são capacitados a fazer análise e aprovação de prestação de contas, bem como realizar visitas periódicas para fiscalizar a correta aplicação dos recursos. Ao contrário do conselho, os juizes não têm formação nem apoio operacional para decidir a melhor aplicação dos recursos, avaliar projetos, liberar verbas e fiscalizar sua correta implementação.

Em quinto lugar, o sistema brasileiro tende a ser mais econômico, pois compartilha a mesma estrutura de análise e fiscalização de projetos que pode por isso se especializar (ganhos de escopo e de escala). A alternativa judicial - contratação de peritos e técnicos para cada ação - pode não ser, no agregado, a mais econômica.

Por fim, a centralização permite uma avaliação sistemática dos resultados dos projetos apresentados, e a conseqüente criação de uma massa crítica (dados e expertise) a respeito das melhores formas de aplicação dos recursos. Em outras palavras, a centralização permite que a avaliação dos projetos apoiados financeiramente com recursos do FDD sirva de experiência institucional a orientar a aplicação dos recursos no futuro (feed-back).

Deve ser objetivo das ações civis públicas buscar condenações em dinheiro ao FDD?

É importante deixar vincado que, na ação coletiva, deve-se buscar, prioritariamente, a reparação do bem lesado, através de medidas preventivas e cominações de obrigações de fazer. "Somente quando a reconstituição in natura não for viável, fática ou tecnicamente, é que se admitirá a indenização em dinheiro" (MILLARÉ, SETZER & CASTANHO, 2005, p. 9). Com efeito, "antes de se preferir a tutela reparatória, há que se verificar a possibilidade da tutela ripristinatória, que pode ser averiguada pelo próprio magistrado. Só havendo impossibilidade de qualquer outra tutela para defesa dos direitos difusos e coletivos é que será garantida essa tutela, implicando na condenação da obrigação de pagar. Dessa forma, a reversão de valores ao Fundo para reparação de determinado bem coletivo lesado não é uma medida prioritária, pois havendo

possibilidade de reparação judicial, essa será a via eleita" (BARBOSA E SILVA, 2008, p. 123).

Assim, "a condenação em dinheiro, embora possível, diante da existência do mecanismo de arrecadação e aplicação de valores depositados no fundo, deve ser usada somente quando impossível a prestação jurisdicional mediante tutela específica, tendo em vista a irreparabilidade do dano ambiental" (SALLES, 1998, p. 316).⁵⁶

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, esclarece (mas não altera) a atual sistemática, ao prever que "somente quando impossível a condenação do réu no cumprimento de obrigações específicas, o juiz condenará o réu, em decisão fundamentada, ao pagamento de indenização, independentemente de pedido do autor, a qual reverterá ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos, de natureza federal ou estadual, de acordo com a Justiça competente".

Assim, deve o juiz preferir medidas repristinatórias (restauração do bem coletivo ao status quo ante). Todavia, sendo necessária a condenação em dinheiro, quer seja pela impossibilidade de reparação prática do dano, quer seja pela conversão da obrigação de fazer não cumprida em perdas e danos, os recursos dela oriundos devem ser vertidos ao FDD (art. 13 da LACP). O FDD deverá aplicar esses recursos prioritariamente na reparação do interesse difuso lesado (art. 1.º, § 1.º, da Lei 9.008/95, c/c art. 7.º, parágrafo único, do Dec. 1.306/94) e, em caso de impossibilidade, em algum meio alternativo, "o mais próximo possível do ideal" (art. 1.º, § 3.º, da Lei 9.008/95).

4. Pode o juiz aplicar o *cy près*?

Como visto, a sentença em ação civil pública deve, prioritariamente, condenar o responsável à reparação do interesse lesado. No caso de interesse difuso, isso significa a cominação de obrigações que promovam a restauração do status quo ante. E, no caso de interesses individuais homogêneos, a indenização dos indivíduos prejudicados. Todavia, não raras vezes, ocorre ser essa reparação impossível, quer seja pela irreversibilidade do dano difuso, quer seja pela dificuldade prática de ressarcimento dos prejudicados homogeneamente (por exemplo, em razão da impossibilidade de se definir os lesados, como passageiros de táxi). Nesses casos, a lei admite que a sentença fixe condenação em dinheiro, que deve ser revertido ao FDD. Ao CFDD compete aplicar os recursos na reparação do dano ou, em caso de impossibilidade, de escolher a aplicação ao recurso que se aproxime "o mais próximo possível" do ideal (*cy près*).

A despeito da clareza da lei, alguns autores sustentam que, nos casos de irreparabilidade do dano difuso, ao invés da condenação em dinheiro, poderia o juiz determinar "medidas judiciais compensatórias em equivalente não pecuniário". Por exemplo, ao invés de impor condenação em dinheiro a uma empresa que poluiu de forma irreversível o lençol freático responsável pelo abastecimento de água de um determinado vilarejo, o juiz poderia condená-la a construir um sistema de abastecimento de água proveniente de outra localidade. SALLES (1998, p. 320) sustenta que isso seria possível e preferível em relação à reversão de contribuição pecuniária ao FDD, sob dois fundamentos. O primeiro, que o CFDD não estaria obrigado a vincular os recursos à situação danosa da qual se originou, o que poderia gerar desvio dos recursos para finalidade outra que não àquela que motivou a propositura da ação civil pública. Em segundo lugar, o juiz, por estar mais próximo dos fatos, teria melhores condições que o CFDD para escolher a destinação "mais próxima possível" do ideal. Por essas razões, entende SALLES (1998, p. 321) que "a aplicação judicial de medidas consistentes em um equivalente não-pecuniário (em compensação a um dano ambiental irreparável) tem a grande vantagem de mais eficientemente poder direcionar recursos para utilização no mesmo contexto ambiental no qual ocorre o dano".

Conforme visto anteriormente, essas duas premissas nem sempre são verdadeiras. Em primeiro lugar, os recursos oriundos das condenações em dinheiro devem ser

obrigatoriamente aplicados na reconstituição dos bens difusos e coletivos lesados (art. 13 da LACP). Por isso, o art. 7.º do Dec. 1.306/94 determina que a aplicação dos recursos [do FDD] deve estar, na medida do possível, relacionada com a natureza da infração ou de dano causado. Portanto, o CFDD deve, sim, sempre que possível, vincular a aplicação do recurso ao dano que o originou.⁵⁷ Em segundo lugar, a análise institucional comparativa feita acima entre os sistemas brasileiro e americano demonstra sobeja vantagem do primeiro, mormente em relação à transparência e accountability na aplicação dos recursos, à permeabilidade ao controle social, à possibilidade de formulação de uma política pública de defesa dos interesses difusos e coletivos mais eficiente e que não leve em consideração apenas realidades locais ou regionais, à estrutura técnica para aplicar e fiscalizar a aplicação dos recursos, à economicidade e avaliação sistemática dos resultados dos projetos apresentados.

Todavia, é de se reconhecer que, em alguns casos, a condenação de obrigação de fazer pode se afigurar mais exequível que a de obrigação de pagar quantia certa. Assuma-se que, no exemplo dado, o causador da contaminação do lençol freático tivesse sido a própria concessionária local de água e esgoto. Nessa hipótese, inegavelmente a solução cogitada no exemplo dado por SALLES (condenar a prover água de outra região), é superior a qualquer outra que o CFDD poderia efetivar.

Não é possível, dogmática ou normativamente, definir a priori as condições nas quais a adoção de "medidas judiciais compensatórias em equivalente não pecuniário" é solução superior à condenação em dinheiro a ser revertida ao FDD, pois tal escolha depende da avaliação de inúmeras peculiaridades e circunstâncias do caso concreto. Assim, antes de qualquer coisa, o juiz deve "decidir quem vai decidir" a destinação dos recursos. Para tanto, deve avaliar qual a instituição - o Judiciário ou CFDD - mais vocacionada para fazer as escolhas que, em cada caso concreto, melhor atendam ao interesse público. Para isso, o juiz deve ter três coisas em mente. Primeiro, levar em consideração os respectivos desenhos institucionais. Em segundo lugar, o bom funcionamento e a operacionalidade do sistema, evitando a contraproducente redundância em que incidiria se se auto-atribuisse, pura e simplesmente, o trabalho das autoridades administrativas equipadas para tomar tal decisão. Por fim, deve atentar para o risco de gerar déficits democráticos, ao extrapolar os limites para o exercício legítimo da jurisdição, provocando a distorção que sugestivamente se convencionou chamar de "governo dos juízes".⁵⁸

5. Algumas questões polêmicas sobre o FDD

A maioria das críticas encontradas na doutrina decorre de um obsoleto, falso ou parco conhecimento a respeito do efetivo funcionamento do CFDD.

5.1 Vinculação dos recursos à natureza e ao local do dano

LEITE & DANTAS (1996, p. 78) sustentam que "corre-se o sério risco de se ter a aplicação das receitas do fundo totalmente desvirtuada da sua efetiva finalidade. Assim, os recursos obtidos com uma indenização decorrente de dano ambiental, por exemplo, poderão ser aplicados na reparação de lesões aos consumidores ou a pessoas portadoras de deficiência física, e vice-versa. Não haverá jamais a obrigatoriedade de se aplicar os recursos na recuperação daquele bem lesado que foi objeto ensejador da propositura da ação civil pública, podendo o conselho gestor do fundo destinar os recursos à reparação de outro bem". Por essa mesma razão, MACEDO JR. (2001, p. 764) propõe que: "A utilização do fundo para a reparação dos bens lesados impõe a necessidade da separação das verbas destinadas a cada área de acordo com a natureza do bem difuso lesado".

Ocorre que, como visto anteriormente, já desde 1994 o art. 7.º do Dec. 1.306/94 determina que a aplicação dos recursos deve estar, na medida do possível, relacionada com a natureza da infração ou de dano causado. E, desde a Instrução Normativa 4/98, da Secretaria do Tesouro Nacional, os valores destinados ao FDD federal contam com

registro específico de sua origem.

LEITE & DANTAS (1996, p. 81) sustentam ainda que os recursos "devem ser aplicados no mesmo local em que se deu a lesão ao bem". Ao contrário da hipótese analisada acima, não há norma determinando a aplicação de recursos no território que originou os recursos. "Considerando tratar-se de bens indivisíveis, a atividade do fundo não precisa estar condicionada ao local do dano, pois a compensação é do interesse afetado (por exemplo, do meio ambiente) e não dos sujeitos de alguma forma prejudicados" (SALLES 1998, p. 317). Do ponto de vista da função propedêutica do processo, todavia, é mesmo preferível que os recursos sejam atrelados, sempre que possível, à vista da comunidade que suportou o dano ("justiça reparativa"). No mesmo sentido, vide SALLES (1998, p. 317). Todavia, dadas as brutais diferenças regionais brasileiras, criar uma regra absoluta nesse sentido implicaria subtrair do CFDD a possibilidade de definir uma política nacional de proteção dos direitos difusos mais eficiente. Por isso, conveniente preservar uma margem de discricionariedade do CFDD na aplicação dos recursos. No mesmo sentido, vide DELLORE (2005, p. 124).

5.2 Modernização administrativa

MILLARÉ, SETZER & CASTANHO (2005, p. 9) criticam a possibilidade de aplicação dos recursos na modernização administrativa de órgãos públicos encarregados da defesa dos direitos difusos e coletivos. Segundo referidos autores, "não se justifica, sob nenhuma ótica, a previsão contida no art. 1.º, § 3.º da Lei 9.008/1995. Afinal, qual a relação entre a morte dos últimos exemplares de uma espécie ameaçada de extinção e a compra de computadores e impressoras para um órgão da Administração Pública? Por mais que o dano ambiental seja, em si, irreparável, a indenização paga deve reverter, de alguma forma, para a recomposição de outros bens ambientais, mas nunca ser destinada a modernizar as repartições públicas. Assim, por não reverter, nem indiretamente, em nenhum benefício ao bem difuso lesado, e por não haver parâmetros legais para a fixação dos valores máximos a serem destinados à modernização administrativa, o art. 1.º, § 3.º, da Lei 9.008/1995 foge, absolutamente, do espírito da Lei 7.347/1985". No mesmo sentido, MIRRA (2002, p. 335).⁵⁹

Os que formulam tais críticas estão compreensivelmente preocupados com a possibilidade do FDD ter sua finalidade frustrada mediante o uso de seus recursos para despesas que deveriam ser atendidas pelo orçamento ordinário dos entes públicos. Embora absolutamente compreensíveis e legítimas as críticas, não parece ter andado mal o legislador ao prever a possibilidade de uso dos recursos para a modernização administrativa de órgãos públicos encarregados da tutela dos interesses difusos e coletivos (art. 1.º, § 3.º, da Lei 9.008/95). Parece uma obviedade dizer que a eficácia da proteção dos direitos difusos e coletivos pressupõe que os órgãos públicos encarregados dessa política estejam minimamente equipados e estruturados. Embora no mundo ideal todos os órgãos públicos devessem ter orçamento suficiente para equipar-se adequadamente ao atendimento de suas finalidades institucionais, a realidade de grande parte dos Municípios e de alguns Estados federados do Brasil é de aterradora penúria. Diante dessa situação, daria prova de grande insensibilidade o legislador se não permitisse que os recursos do FDD pudessem servir para suprir a deficiência de determinados órgãos identificados pelo CFDD como essenciais à efetiva proteção dos direitos difusos e coletivos. É claro que os recursos do FDD não devem ser distribuídos pelo CFDD de forma a desincentivar o Poder Executivo a alocar orçamento público para essas finalidades. Mas esse risco é cerebrino, considerando o baixíssimo volume destinado a essa finalidade para todo Brasil atualmente pelo CFDD.

5.3 Perícias em ações civis públicas

Polêmica é a possibilidade de utilização dos recursos do FDD para custear perícias em ações civis públicas. MIRRA (2002, p. 335), por exemplo, entende que o uso do dinheiro oriundo de condenações proferidas nas ações civis públicas ambientais para o custeio de perícias judiciais ou extrajudiciais não está autorizado pela disciplina legal e normativa

da matéria, já que para tais finalidades existem dotações outras. No mesmo sentido, MAZZILLI (1997, p. 76). Em sentido contrário, MACEDO JR. (2001, p. 769), para quem a possibilidade de utilização dos recursos do FDD em perícias constitui "importante mecanismo para a prevenção de danos a interesses difusos e coletivos, o que harmoniza-se plenamente com o espírito da LACP". É sabido que um dos grandes gargalos do processo coletivo - e portanto da própria tutela judicial dos direitos difusos e coletivos - é a realização da perícia, muitas vezes custosa e complexa. No sistema processual brasileiro, é ônus do autor antecipar despesas do processo, não podendo o juiz imputá-lo ao réu. Todavia, sendo os legitimados para a ação civil pública entes públicos ou entidades civis sem fins lucrativos, não raro o processo se confronta com anteparo intransponível: a falta de verbas para realização das perícias. Argumenta-se que o Estado deveria alocar recursos no orçamento do Poder Judiciário e do Ministério Público para realizar tais perícias, e que os recursos do FDD estariam sendo desviados para atender despesas estranhas ao seu objeto imediato. Mais uma vez, parece que tal solução ignora a realidade dos órgãos públicos e das entidades civis encarregados da defesa dos direitos difusos e coletivos no Brasil. Por isso, embora não esteja expressamente reconhecida na legislação atual, é absolutamente compatível com as finalidades gerais do FDD, na medida em que viabiliza que a ação civil pública seja manejada de forma eficaz.⁶⁰ Todavia, é indispensável que os valores utilizados sejam restituídos ao FDD pelo causador do dano, ainda que posteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória (BARBOSA E SILVA, 2008, p. 74 e MACEDO JR., 2001, p. 767).

5.4 Operações emergenciais de prevenção a danos

Outra polêmica diz respeito à possibilidade de utilização dos recursos do FDD de forma semelhante ao americano CERCLA - Comprehensive Environmental Reponse, Compensation and Liability Act. O fundo criado no âmbito do CERCLA visa custear operações emergenciais em matéria de meio ambiente, de forma preventiva, ficando posteriormente o causador do dano obrigado a ressarcir ao fundo os valores adiantados. Não existe, rigorosamente, uma proibição legal para que os recursos do FDD sejam aplicados desta forma. Seria um excesso de formalismo restringir a aplicação dos recursos à "reparação" dos danos se, muito melhor, a "prevenção" se afigura possível. Ocorre, entretanto, que o CFDD não está preparado, quer do ponto de vista legal, quer administrativo, para efetuar despesas de forma emergencial (a liberação dos recursos é precedida de um processo administrativo que pode demorar seis meses). Para a liberação emergencial em casos de calamidade seria necessária uma expressa autorização legal.

5.5 Prestações pecuniárias ajustadas em Termo de Ajustamento de Conduta (TAC)

Embora o art. 13 da Lei 7.347/85 seja expresso apenas quanto aos recursos oriundos de condenações no âmbito de ações civis públicas, também os valores previstos em Termos de Ajustamento de Conduta⁶¹ devem ser destinados ao FDD. Obviamente, a Lei 7.347/85 não mencionou também os recursos oriundos de TAC, porque tal instrumento só veio a ser criado em 1990, pelo CDC (LGL\1990\40). Todavia, pelo fato do TAC evitar a propositura da ação civil pública, não admitir a reversão dos recursos que nela deveriam ser revertidos ao FDD seria fraudar a finalidade da Lei 7.347/85.⁶² Nesse sentido, MIRRA (2006, p. 10).

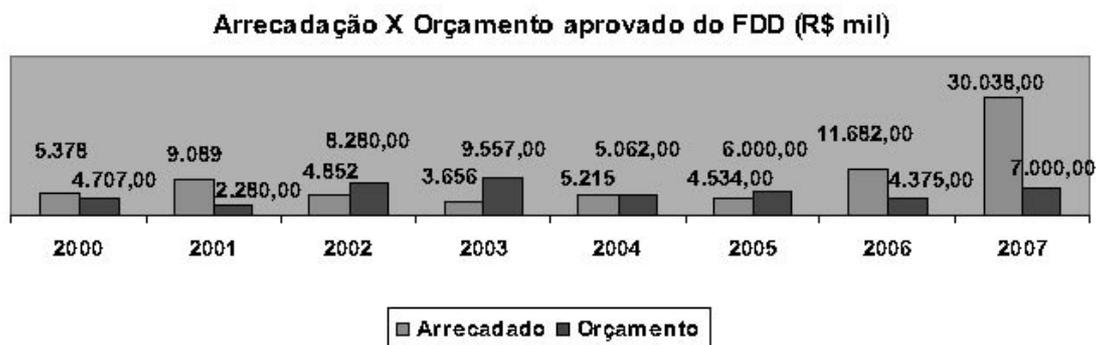
Uma situação sutilmente diferente é aquela em que o órgão público competente para firmar o TAC toma do compromissário uma obrigação alternativa à de pagamento em dinheiro. Em primeiro lugar, pelos mesmos fundamentos vistos anteriormente, sendo a finalidade precípua da ação civil pública a reparação dos danos, o TAC deve, preferencialmente, conter obrigações que atendam a essa finalidade. Não sendo a repristinação possível, admite-se a contribuição pecuniária, devendo os recursos ser usados "da forma mais próxima possível" àquela ideal, de maneira semelhante ao *près norte-americano*.

Nesse caso, a competência legal para fazer a escolha do modo alternativo da destinação dos recursos é indubitavelmente do CFDD. Isso não significa, necessariamente, que o órgão público que tomar o compromisso em um TAC só possa prever destinações de recursos ao FDD. Tal interpretação poderia gerar irrazoável engessamento, em detrimento da eficaz satisfação do interesse público.⁶³ A melhor solução, que compatibiliza essas duas preocupações, será exigir que aqueles TAC, prevendo obrigações alternativas que não a reversão de quantia em dinheiro para o FDD, sejam previamente homologados pelo CFDD. Desta forma, preservam-se as competências legais do CFDD, no que tange à definição da destinação dos recursos oriundos da aplicação da Lei 7.347/85 e correlatas, sem tirar a inestimável contribuição que os órgãos públicos legitimados a tomar os TAC, por estarem próximos do local dos fatos, podem dar na decisão de aplicação dos referidos recursos.

Esta solução foi proposta pela Procuradoria do CADE em parecer proferido em 15.09.2006 nos autos do Processo Administrativo 08012.008372/1999-14, no qual empresas processadoras de suco de laranja eram acusadas de formar um cartel para prejudicar os produtores de laranja (citricultores). As representadas propuseram ao CADE a celebração de um Termo de Compromisso de Cessação,⁶⁴ pelo qual pagariam a importância de R\$ 100 milhões para encerrar o caso. A Secretaria de Direito Econômico sugeriu que parte do valor da indenização fosse revertida ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (15%), e o restante fosse destinado à constituição de "Fundo de Fomento para a Citricultura", com vistas ao desenvolvimento da citricultura, em especial do pequeno produtor, com condições de governança que garantissem a efetiva e determinante participação dos produtores na sua gestão. Nos termos do parecer da Procuradoria do CADE, "convém seja a destinação alternativa dos recursos prevista no acordo processual proposto pela SDE submetida à ratificação pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. A proposta da SDE de constituir uma fundação com o propósito de desenvolver atividades de fomento da citricultura, provendo apoio aos pequenos citricultores, além de consentânea com a tradição norte-americana e com algumas louváveis experiências brasileiras, parece atender, de forma criativa e original, ao propósito da Lei de assegurar que a indenização seja revertida prioritariamente à reparação do bem coletivo lesado" (BADIN, 2006, p. 67).⁶⁵

5.6 Submissão dos recursos do FDD à Lei Orçamentária Anual (LOA)

Lei Orçamentária Anual (LOA) é uma lei elaborada pelo Poder Executivo que define os valores máximos que o governo estará autorizado a gastar em cada uma de suas ações orçamentárias. Esses limites só podem ser aumentados durante o exercício mediante autorização do Congresso Nacional concedendo créditos adicionais. Por outro lado, o Presidente da República pode, nos chamados "Decretos de Contingenciamento", limitar as despesas aquém dos limites autorizados pelo Congresso, tendo em vista necessidades de contenção de despesas. O FDD está sujeito tanto à lei orçamentária como aos decretos de contingenciamento. Alguns sustentam que a subordinação do FDD à lei orçamentária pode esvaziar as finalidades da LACP, pois basta ao Congresso Nacional não conceder créditos orçamentários ao FDD ou o Presidente da República contingenciá-los que a aplicação de seus recursos fica impedida. Essa preocupação não é sem razão, tendo em vista que, nos últimos anos, os créditos orçamentários (autorizações de despesa) foram significativamente inferiores ao montante arrecadado:



Fonte: Secretaria-executiva do CFDD. Elaboração própria.

Trata-se, certamente, da maior objeção que se pode fazer ao sistema centralizado e administrativo de aplicação dos recursos oriundos das ações coletivas. Do ponto de vista constitucional, é incontornável, tendo em vista que, nos termos do art. 167, II, da CF/1988 (LGL\1988\3), é vedada a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. A preocupação do legislador é razoável, pois seria impossível definir política fiscal sem controle do orçamento.

Por essa razão, louváveis são as iniciativas que, a exemplo da prática norte-americana, prevêem a constituição de fundações (ou trusts) para a aplicação dos recursos de forma institucionalizada. Além do exemplo citado anteriormente de criação de um "Fundo para Fomento da Citricultura", que seria gerido segundo rígidas regras de governança por representantes da classe dos citricultores, vale mencionar o CEPEMA - Centro de Capacitação e Pesquisa de Meio Ambiente, criado a partir de TAC celebrado entre Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras e o Ministério Público do Estado de São Paulo, como compensação por danos ambientais.⁶⁶

5.7 Aplicação de recursos mediante convênios

BARBOSA E SILVA (2008, p. 67) defende que "a atuação do Conselho Gestor não pode ficar restrita à apreciação de projetos apresentados pela sociedade civil, pois, se assim permanecer, sempre revelará um certo privilégio a determinada região ou matéria, que naturalmente decorre de setores mais ativos da sociedade". Ocorre que o sistema de seleção de projetos pelo CFDD a partir de editais é a medida mais transparente de escolha de prioridades. O CFDD já possui mecanismos de indução da elaboração de projetos, para que atenda a áreas que defina previamente serem prioritárias, através de editais ou comunicados. Assim o fez, por exemplo, com a edição da Resolução 20/2008, onde são definidas as prioridades para aplicação, em 2008, dos recursos em cada área de proteção.

5.8 Falta de definição de política de aplicação dos recursos do FDD

SALLES (1998, p. 315) criticou, em 1998, "a ausência de uma clara destinação de recursos recolhidos e de uma estratégia legal para gerência de seus recursos". Com efeito, a crítica, quando formulada (1998), era absolutamente pertinente. Somente em 2003 passou a haver uma definição da política de aplicação dos recursos do FDD. Nas palavras do seu então presidente: "em outubro de 2003, o Conselho aprovou a Resolução 11/2003, que redefiniu o trâmite administrativo para apreciação dos projetos apresentados. Ao invés dos projetos serem apreciados em ordem cronológica de apresentação, eles passaram a ser escolhidos por critério de prioridade e vantagem

comparativa. O principal benefício foi inserir no procedimento um mecanismo que permita ao Conselho implementar uma política clara de aplicação dos recursos do Fundo. Quando assumi a presidência do CFDD, assombrou-me particularmente o fato de o Conselho não ter uma política de aplicação dos recursos públicos. As aprovações tinham como fundamento apenas a adequação do projeto aos requisitos formais da lei, mas nunca decorriam de uma política pública deliberada a priori para aplicação do dinheiro. Se os recursos do Fundo fossem ilimitados, isso não seria problema. A realidade é que o Fundo não dispõe de orçamento capaz de contemplar todos os projetos que são apresentados. Era preciso criar uma forma que orientasse o Conselho a definir quais projetos mereciam ou não ser contemplados com recursos do Fundo. E o filtro para a escolha dos projetos prioritários é justamente a política de aplicação dos recursos" (BADIN, 2005, p. 5). Assim, desde a percutiente crítica do Professor Salles, vêm sendo implementadas medidas que capacitam o CFDD a definir uma política clara e transparente de aplicação dos recursos do FDD, permeável ao controle social (vide, nesse sentido, a Resolução 20/2008, definindo os critérios e prioridades de aplicação dos recursos do CFDD para 2008).

5.9 Falta de independência do CFDD

BARBOSA E SILVA (2008, p. 78), embora reconheça que as soluções plausíveis não são facilmente identificadas, sugere conferir maior independência ao CFDD, sobretudo com inteira autonomia para criar uma própria política de atuação. A crítica, posta em termos teóricos, não corresponde à identificação de uma real anomalia causada por qualquer "interferência política" no cotidiano do CFDD.

5.10 Vinculação do CFDD à destinação determinada pelo juízo

MIRRA (2006, p. 11) sustenta que "se a sentença impôs ao responsável o pagamento de quantia em dinheiro correspondente ao custo das medidas de reconstituição do bem ou recurso ambiental degradado e definiu, ela própria, quais medidas deverão ser adotadas, o organismo gestor do fundo não poderá empregar o dinheiro em medidas diversas". Pelo que foi exposto anteriormente, tal entendimento contraria o sistema legal brasileiro, que confiou à discricão do CFDD - e não do juiz - a definição dos meios para reparação ou compensação do dano em que devem os recursos ser aplicados. Além disso, em razão de limitações legais para a aplicação de recursos públicos (por exemplo, limites orçamentários ou existência de outras prioridades), o cumprimento de decisões judiciais pode ser impossível.

5.11 Astreintes

Na execução judicial de obrigações de fazer, o juiz deve cominar multa diária em caso de descumprimento (art. 11 da LACP). Pela regra geral do processo individual do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) brasileiro, essas multas deveriam ser revertidas ao autor. Todavia, trata-se de solução evidentemente inadequada ao processo coletivo, onde o autor não passa de um substituto processual (ou "representante") de uma coletividade. Por isso, não parece haver grandes dificuldades em concluir que as astreintes devem ser vertidas para o FDD, conforme sustentam LEITE & DANTAS (1996, p. 79).

5.12 Verbas decorrentes de ações populares

A Constituição Federal de 1998 estabeleceu que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural" (art. 5.º, LXXIII). Segundo MACEDO JR. (2001 p. 762), "é razoável que se entenda a natureza destas indenizações por danos ao meio ambiente, patrimônio histórico e cultural como sendo relativa a interesses difusos, o que importaria na sua reversão ao fundo de interesses difusos. De lege ferenda, seria recomendável a menção expressa a tais recursos como sendo devidos ao fundo em discussão".

6. O Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos

6.1 Histórico legislativo

Na esfera federal, o Fundo de Defesa de Direitos Difusos foi primeiramente regulamentado pelo Dec. 92.302/86, com as alterações trazidas pelo Dec. 96.617/88. Ambos foram revogados pelo Dec. 407/91, que, por sua vez, foi revogado pelo Dec. 1.306/94, hoje em vigor. Posteriormente, forte na vedação constitucional de instituição de fundos de qualquer natureza sem prévia autorização legislativa (art. 167 da CF/1988 (LGL\1988\3)), foi editada a Lei 9.008/95, que, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, criou o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei 7.347/85, e estabeleceu regras quanto à finalidade do Fundo, à formação de seus recursos e sua respectiva aplicação. Somente em 1999 o FDD passou a funcionar efetivamente, aplicando pela primeira vez seus recursos.

6.2 Fontes de recursos

Além das condenações em dinheiro oriundas das ações em defesa de quaisquer direitos difusos e coletivos,⁶⁷ bem como dos recursos não reclamados nas ações em defesa dos interesses individuais homogêneos,⁶⁸ constituem recursos do FDD federal o produto da arrecadação das multas administrativas por infração contra a ordem econômica⁶⁹ e contra o consumidor.⁷⁰

6.3 Forma de aplicação

Como visto, os recursos do FDD devem ser aplicados prioritariamente na recuperação do dano. Caso isso seja impossível, poderá o CFDD decidir uma aplicação alternativa, que se aproxime o máximo possível daquele fim. Os recursos são liberados mediante a celebração de convênios com órgãos públicos (federais, estaduais e municipais) e entidades civis sem fins lucrativos. Segundo regulamentação atual do CFDD, o valor máximo de recursos do FDD em um mesmo projeto é de R\$ 300.000,00. Este valor pode ser mudado de acordo com a política que vier a ser definida pelo Conselho Federal. O CFDD pode exigir do conveniente contrapartida financeira ou em bens de valor econômico de até 20% dos recursos envolvidos no projeto. A aplicação dos recursos, tanto por órgão público como por entidade civil, deve ser rigorosamente fiscalizada, através de prestações de contas e fiscalizações no local.

6.4 Processo de escolha dos projetos prioritários

Os interessados devem apresentar ao CFDD projetos, na forma de "carta-consulta", segundo os critérios e requisitos previstos na Resolução CFDD 20/2008. Na carta-consulta deverão constar dados essenciais do proponente e do projeto, de modo a instruir a escolha do CFDD dos projetos que serão contemplados com recursos do FDD federal. As prioridades em cada área de proteção dos direitos difusos e coletivos (meio ambiente, patrimônio histórico, consumidor e outros) são definidas em resolução do CFDD.⁷¹ Os projetos selecionados são submetidos a um julgamento rigoroso do CFDD, tanto de adequação aos requisitos legais, como de aspectos de mérito, em sessão pública, da qual poderá participar o proponente, com direito a voz (sustentação oral).

6.5 Exemplos de projetos financiados com recursos do CFDD

Seguem abaixo alguns projetos apoiados com recursos do FDD federal:⁷²

"Informatização e reestruturação do PROCON" (Ministério Público da Bahia/BA);

"Recuperação do meio ambiente na microbacia do córrego Elias" (Prefeitura municipal de Campina Grande/PB);

"Curupiras ambientais: ações para formação de cidadãos ambientais em Soure arquipélago de Marajó" (Grupo de ação ecológica Novos Curupiras/PA);

"Informando os consumidores e garantindo os seus direitos" (Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde - ADUSEPS/PE);

"Recomposição das matas ciliares" (Prefeitura municipal de Pérola/PR);

"Recuperação de fundo de vale e implantação de um parque florestal" (Prefeitura municipal de Bom Sucesso/PR);

"Cumprindo direito & buscando deveres da associação dos usuários de transporte coletivo" (Associação dos Usuários de Transporte Coletivo do Estado de Mato Grosso - ASSUT/MT);

"Educação ambiental e cidadania como instrumentos de gestão na região do agreste" (Fundação de Apoio ao Desenvolvimento da Universidade Federal de Pernambuco - FADE/PE);

"Prospecção dos sítios arqueológicos e paleontológicos do município de Porto Murtinho" e "Diagnóstico para estudo e registro do patrimônio cultural imaterial Kadiwéu: estudo de caso das pinturas corporais, origem e simbologia" (Instituto Indígena Pantaneira - IINP/MS);

"Banco de dados das ações civis públicas socioambientais na Justiça Federal" (Instituto Sócio-ambiental - ISA/DF);

"Sustentabilidade sócio-ambiental metropolitana - PEFI" (Universidade de São Paulo - USP/SP);

"Pinturas rupestres, patrimônio cultural a serviço do desenvolvimento" (Fundação Museu do Homem Americano - FUMDHAM/PI);

"2ª fase do restauro no convento e igreja de Santo Antônio do Cairú" (Instituto de Desenvolvimento Sustentável do Baixo Sul da Bahia - IDESBA/BA);

"Observatório social das relações de consumo" (Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/SP);

"Recuperação de áreas degradadas às margens do Igarapé Grande" (Prefeitura municipal de Boa Vista/RR);

"Restauração, conservação, organização e indexação em banco de dados do acervo judiciário" (Universidade Federal de São João Del Rei/MG);

"Mobilização popular em defesa da floresta" (Memorial Chico Mendes/DF);

"Campanha de educação para o consumo sustentável nas escolas" (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC/SP);

"Vegetação da ilha fluvial denominada ilha solteira" (Prefeitura municipal de Ilha Solteira/SP);

"Plano de manejo de Juréia Itatins" (Instituto Florestal/SP);

"O Museu de Arte de Goiás (MAG) fotografa seu acervo" (Associação de Amigos do MAG/GO);

"Exploração ilegal de madeiras em áreas protegidas do Acre" (Associação Andiroba/AC);

"Implantação do centro de defesa de direitos difusos da Universidade Federal de Ouro Preto" (Universidade Federal de Ouro Preto/MG);

"Biblioteca de referência em defesa da concorrência" (Conselho Administrativo de

Defesa Econômica - CADE/DF);

"Campanha nacional de combate ao tráfico de animais" (Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres - RENCTAS/DF);

"Aparelhamento e aperfeiçoamento do departamento estadual" (Procuradoria-Geral do Estado do Acre/AC);

"Memória e vida franciscana" (Instituto Franciscano de Teologia de Olinda - IFTO/PE);

"Inventário nacional de bens móveis e integrados - Museu Arquidiocesano de Arte Sacra de Mariana" (Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa - FUNDEP/MG);

"Recuperação populacional, produção e manejo sustentável de ostras nativas" (Fundação de Amparo à Pesquisa e Extensão Universitária - FAPEU/SC);

"Implantação de geoprocessamento nas perícias de crimes ambientais" e "Implantação do laboratório de geofísica e gemologia para crimes ambientais e contra o patrimônio histórico" (Departamento da Polícia Federal/DF);

"Restauração da pintura parietal da capela-mor da Igreja Nossa Senhora do Sabará" (Ordem Terceira de Nossa Senhora do Carmo/MG);

"Parque nacional das Araucárias" (Prefeitura municipal de Apucarana/PR);

"Campanha de sensibilização à conservação do meio ambiente das famílias ribeirinhas" (Sociedade Educacional da Região Amazônica/RO);

"Manual de fundamentos - volume fauna silvestre nacional" (Polícia Militar do Estado de São Paulo/SP);

"Impactos ambientais e medidas de controle da invasão do mexilhão dourado e caramujo africano no Mato Grosso do Sul" (EMBRAPA - Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária);

"O retorno do cervo-do-pantanal após 100 anos de extinção da bacia do rio Mogi-Guaçu" (Fundação Nacional do Meio Ambiente Dr. Ernesto Pereira Lopes/SP);

"Saúde do consumidor. Carne clandestina: não consuma" (Ministério Público do Estado do Espírito Santo/ES);

"Recuperação de áreas ambientalmente degradadas" (Prefeitura Municipal de São José dos Campos/SP);

"Biblioteca de Direitos e Interesses Difusos e Coletivos" (Universidade Federal do Rio Grande do Sul/RS);

"Educação para o consumo no Município de João Pessoa" (Prefeitura municipal de João Pessoa/PA).

6.6 Evolução nos últimos anos

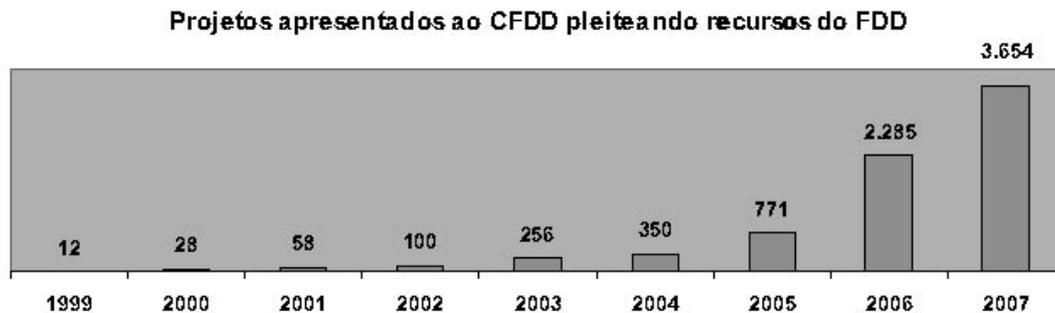
Nas palavras de BARBOSA E SILVA (2008, p. 89), "a atuação, nos últimos anos, do Conselho Gestor do Fundo Federal demonstra grande avanço no alcance dos objetivos desse sistema, diversificando projetos e buscando soluções cada vez mais adequadas. Nota-se uma crescente liberação de verba, bem como uma diferenciação dos projetos agraciados e convênios firmados, principalmente contemplando uma gama bastante diversificada de ações sociais. A burocracia que envolve o funcionamento do Fundo não parece ser um percalço ao funcionamento do Fundo Federal". Mesma opinião manifestam MILLARÉ, SETZER & CASTANHO (2005, p. 9), ao lamentarem que "mesma eficiência não se apresenta no Fundo do Estado de São Paulo", conforme será visto adiante.

A tabela abaixo revela a evolução da arrecadação de recursos ao FDD. O aumento substancial verificado no biênio 2006/2007 se deve ao recrudescimento, no período, da política de cobrança das multas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) por sua Procuradoria.⁷³



Fonte: Secretaria-executiva do CFDD. Elaboração própria.

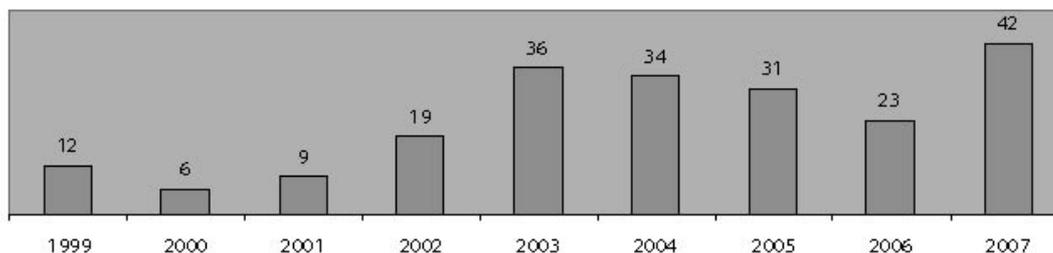
A tabela abaixo revela um processo de democratização do acesso aos recursos do FDD, coroando o esforço do CFDD em divulgar suas atividades e a forma de apresentação e aproveitamento dos recursos:⁷⁴



Fonte: Secretaria-executiva do CFDD. Elaboração própria.

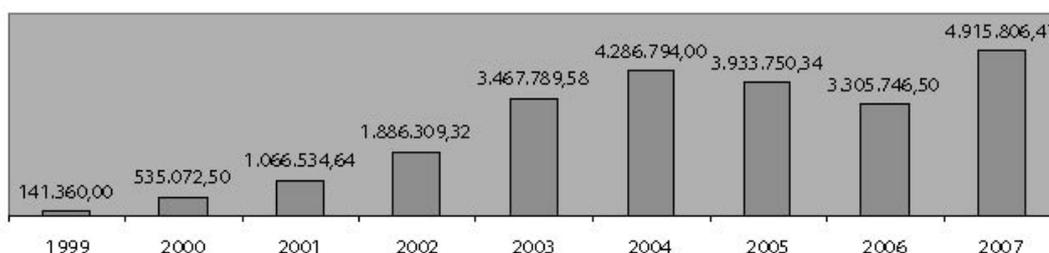
As tabelas abaixo demonstram um processo de aumento da eficiência e ritmo de atividades do CFDD a partir de 2003:

Projetos apoiados com recursos do FDD



Fonte: Secretaria-executiva do CFDD. Elaboração própria.

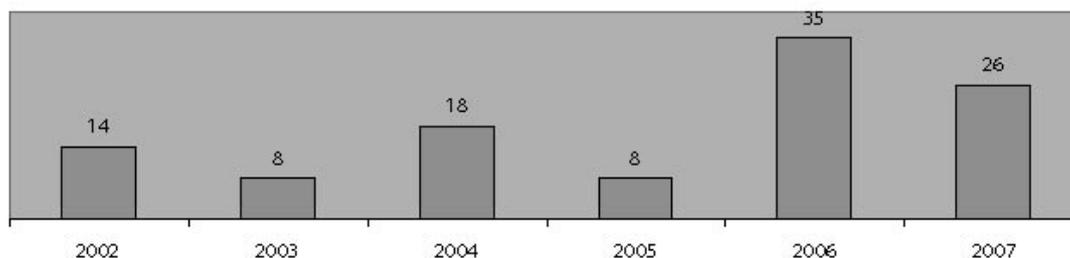
Recursos do FDD aplicados (R\$)



Fonte: Secretaria-executiva do CFDD. Elaboração própria.

A tabela abaixo revela um maior empenho na fiscalização da execução dos convênios e aplicação dos recursos:

Fiscalizações 'in loco'



Fonte: Secretaria-executiva do CFDD. Elaboração própria.

Como se vê, embora haja ainda um longo caminho a percorrer na efetivação da política nacional de defesa dos direitos difusos e coletivos, muito se avançou nos últimos anos.

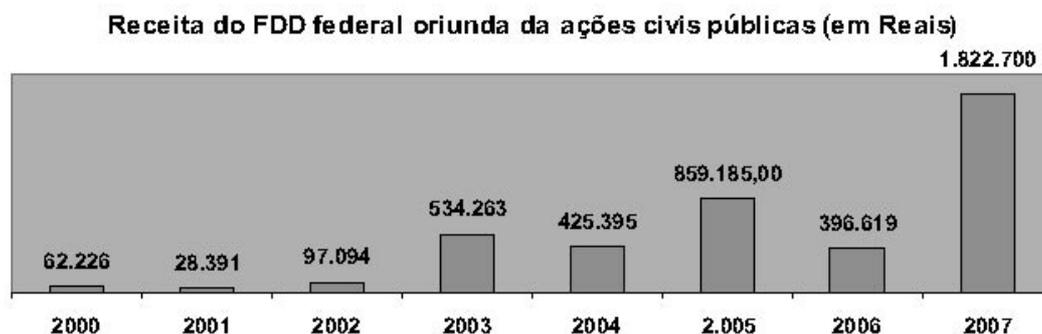
7. Fundos estaduais: um lamentável descaso

Um grave problema que compromete a eficácia do sistema brasileiro de proteção dos direitos difusos e coletivos é a falta de implementação, pelos Estados federados, dos Fundos Estaduais. Segundo MILLARÉ, SETZER & CASTANHO (2005, p. 9), somente os Estados do Acre, Amapá, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Pará, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo constituíram seus respectivos fundos. Nem todos que foram criados encontram em efetivo funcionamento.

Triste exemplo disso é o FDD do Estado de São Paulo, denominado Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados - FID, criado pela Lei Estadual 6.536/89, integrando a estrutura organizacional do Ministério Público do Estado de São Paulo. Apesar da publicação de um edital em 2005, permitindo a apresentação de projetos a serem custeados, o FID estava completamente inoperante até o final do ano de 2006 e, por isso, nenhum valor recolhido foi utilizado até maio de 2008, segundo BARBOSA E SILVA (2008, p. 98). A autora critica o excesso de burocracia e a falta de identificação da origem dos recursos pela natureza do direito difuso lesado.

8. (In)Efetividade das ações civis públicas

A tabela abaixo revela uma situação bastante preocupante. Ela demonstra o volume absolutamente pífio de recolhimentos ao FDD de recursos oriundos de ações civis públicas.



Fonte: Secretaria-executiva do CFDD. Elaboração própria.

Os dados revelam uma situação escandalosa de baixíssima efetividade das ações civis públicas no Brasil. É claro que nem toda ação civil pública visa à obtenção de condenação em dinheiro para o FDD -75 e nem deveria, conforme demonstrado anteriormente, ante a primazia da tutela repristinatória. Todavia, mesmo feita a ressalva, não é inadequado adotar o volume de recursos efetivamente vertidos para o FDD como uma proxy para se aferir a efetividade das ações civis públicas no Brasil. E, assim sendo, não se pode negar que uma média anual de R\$ 528.234,12 é extremamente baixa, considerando que o FDD federal deveria receber recursos de ações civis públicas propostas no âmbito da Justiça Federal em todo território nacional. As razões desse descalabro devem ser debatidas corajosa e honestamente por toda sociedade brasileira. Dará prova de muito cinismo aquele que pretenda insistir em negar esse fato. Afinal, não se cura a febre quebrando o termômetro.

9. Conclusão

O Brasil possui um dos mais sofisticados sistemas de proteção judicial dos interesses difusos e coletivos do mundo. Inspirado nas class actions norte-americanas, o Brasil foi um dos pioneiros entre os países de civil law a instituir, em 1985, a ação civil pública. O

Fundo de Defesa de Direitos Difusos representa uma inovação criativa encontrada pelo legislador brasileiro para destinação das condenações em dinheiro oriundas das ações civis públicas. A plena eficácia da ação civil pública depende, portanto, do bom funcionamento do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Essa tarefa está às mãos tanto dos juristas - que devem se ocupar de aprimorar a elaboração teórica sobre o referido instituto jurídico - como dos governos estaduais - a quem compete implementar os FDD estaduais (podendo, para isso, valerem-se do exemplo bem sucedido do FDD federal).

10. BIBLIOGRAFIA

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional do meio ambiente. In: Revista do advogado, n. 37, São Paulo, AASP, 1992.

BADIN, Arthur. Balanço das atividades da procuradoria do CADE no biênio 2006/2007, In: Revista de Direito da Concorrência, v. 15, São Paulo, IOB/CADE, no prelo, jul.-set. 2007.

_____. Despacho 195/2006/ProCADE/Gab, proferido nos autos do Processo Administrativo 08012.008372/1999-14. Representante: Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados e Representadas: Associação Brasileira dos Exportadores de Cítricos (ABECITRUS) et al . Disponível em: [<http://www.cade.gov.br>], 2006.

_____. Apresentação in: Balanço Social do Fundo de Defesa de Direitos Difusos 2003/2004. Ministério da Justiça. Brasília. Disponível em [<http://www.mj.gov.br/cfdd>], 2005.

SILVA, Érica Barbosa e. Fundo de recomposição de direitos difusos e reparação fluida no sistema brasileiro. Dissertação (Mestrado em Organização e Desenvolvimento) - FDUSP, São Paulo, 2008.

BAZOLI, Thiago Nunes. Descentralização estatal: o terceiro setor como executor das atividades fundamentais do Estado - Saúde, educação e assistência social. Dissertação (Mestrado em Organização e Desenvolvimento) - UNIFAE Centro Universitário. Disponível em: [<http://www.fae.edu/mestrado/pdf/Dissertacoes/Thiago.pdf>], Curitiba, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. In: Access to justice - a world survey, I, T.1, Leyden-Londres-Boston-Milão, Sitjhoff-Giuffrè, 1978.

_____. Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. In: Studi in onore di Tito Carnacini, II, t. I., Milão: Giuffrè, 1984.

_____. Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo. In: Studi in onore do Enrico Tullio Liebman, I, Milão: Giuffrè, 1979.

_____. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. In: Revista di Diritto Processuale 30, 1975.

_____. Il processo civile come fenomeno sociale di massa. In: Studi in memória di Roberto Bracco. Pádua: Cedam, 1976.

_____. Tutela dos interesses difusos. In: Revista Ajuris, v. 33, Porto Alegre, Ajuris, 1985.

DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. Fundo federal de reparação de direitos difusos (FDD): aspectos atuais e análise comparativa com institutos norte-americanos. In: Revista de Direito Ambiental, n. 38, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

DENTI, Vittorio. Processo civile e giustizia sociale. Milão: Comunità, 1971, p. 75.

_____. Le rôle de la conciliation comme moyen d'éviter le procès et de résoudre de conflit. In: Effectiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung, Habscheid, W.J. (ed.), Bielefeld, 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 1987.

_____. A reforma do Código de Processo Civil (LGL\1973\5). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FORDE, Kevin M. What can a court do with leftover class action funds? Almost anything! In: The Judges' Journal, v. 35, n. 3, Washington: American Bar Association, 1996.

FRANCK, Theodore H. Cy près settlements. In: Class Action Watch. Disponível em: [http://www.fed-soc.org/doclib/20080404_FrankCAW7.1.pdf], 2008.

GIDI, Antonio. Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuals en Brasil. Ciudad Del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos In: Revista Ajuris 31/80, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1984.

_____. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito comparado. In: A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984.

KARAS, Stan. The role of fluid recovery in consumer protection litigation: Kraus v. Trinity Management Services, In: California Law Review 959, maio 2002.

KOMESAR, Neil K. Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

LASTIMOSA, C. Kinnier. What to do with the leftovers? Residual funds in class action. Illinois Association of Defense Trial Counsel. IDC Quarterly, v. 18, n. 1 (18.1.4).

LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo. Algumas considerações acerca do Fundo para reconstituição dos bens lesados. In: RT 726, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr. 1996.

LINS, Ana Cristina Bandeira. Ações coletivas: cadastro e análise crítica. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/revista/Acoes_coletivas.PDF], 2005.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Propostas para a reformulação da lei que criou o fundo de reparação de interesses difusos lesados. In: MILARÉ, Édis (Coord.). Ação civil pública: lei 7.347/1985 - 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

MILARÉ, Édis; SETZER, Joana; CASTANHO, Renata. O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/1985. In: Revista de Direito Ambiental, n. 38, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. Fundo de recomposição de interesses difusos. In: Revista de Direitos Difusos, v. 36, São Paulo, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, mar.-abr. 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de

tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. Temas de Direito Processual - Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977.

O ESTADO DE S. PAULO. Conduta Ajustada, Editorial, 13 jul. 2006, p. 3. Disponível em: [<http://www.estado.com.br/editorias/2006/07/13/edi-1.93.5.20060713.3.1.xml>].

OLIVEIRA, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. In: Revista de Processo, n. 33, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1984.

RIBEIRO, Antonio de Pádua. As novas tendências do direito processual civil. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 32, São Paulo, Revista dos Tribunais, out.-dez. 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC (LGL\1990\40). In: Revista de Processo, n. 116, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul.-ago. 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. Ações coletivas: premissas para comparação com o sistema jurídico norte-americano. In: Processos coletivos e tutela ambiental, Santos: Leopoldianum, 2006.

_____. (Org.). Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Execução judicial em matéria ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Orgs.). Processos coletivos e tutela ambiental. Santos: Leopoldianum, 2006.

SANTOS, Osvaldo Maldonado Santos. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal, In: Revista de Administração Pública. v. 70, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, jul.-ago. 2002.

SELIGMAN, Brad; LARKIN, Jocelyn. Fluid recovery and cy pres: a funding source for legal services. In: The impact fund. Disponível em: [<http://www.impactfund.org/publications/cypresfederal2000.doc>] Acesso em: 01.10.2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. In: Revista Latino-Americana de estudos Constitucionais, v. 7, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

YEAZELL, Stephen C. Group Litigation and social context: toward a history of the class action. Columbia Law Review, v. 77, 1977.

ZAVASCKI, Teori Albino. A defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. In: Revista de Processo, v. 78, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1995.

1. José Carlos Barbosa Moreira, A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos (1977); Waldemar Mariz de Oliveira, Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos (1984); Ada Pellegrini Grinover, A tutela jurisdicional dos interesses difusos (1984) e Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos (1984); e Cândido Rangel Dinamarco, A instrumentalidade do processo (1987).

2. Vittorio Denti, Processo civile e giustiziasociale, Milão, 1971; Le rôle de la conciliation comme moyen d'éviter le procès et de résoudre de conflit, in: Effectiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung, 1983.

3. Mauro Cappelletti: Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report, in: Access to justice - a world survey, I, T.1, Leyden - Londres - Boston - Milão, Sitjhoff - Giuffrè, 1978; Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero, in: Studi in onore di Tito Carnacini, II, t. I., Milão, Giuffrè, 1984; Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo, in: Studi in onore do Enrico Tullio Liebman, I, Milão, Giuffrè, 1979; Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile, in: Revista di Diritto processuale, 1975; Il processo civile come fenomeno sociale di massa, in: Studi in memória di Roberto Bracco. Pádua: Cedam, 1976; Tutela dos interesses difusos, in: Revista Ajuris, v. 33, Porto Alegre, Ajuris, 1985.

4. Sendo arbitrária, a denominação das "fases" da evolução histórica dos direitos humanos enseja controvérsia, em prejuízo de sua boa compreensão. Para que não haja dúvidas, por "direitos e garantias sociais ou de segunda geração", refiro-me ao processo de juridicização de programas de políticas públicas, verificado a partir das Constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919). Para além dos chamados direitos humanos de "primeira geração", expressão do Estado Liberal do século XIX, que se limitavam a garantir as "liberdades públicas" mediante a contenção da atuação do Estado, a segunda geração é expressão do Estado de Bem-Estar Social, do qual se esperam prestações positivas de promoção da igualdade material: direito à educação, saúde, lazer e, mais recentemente, ao meio ambiente equilibrado e à higidez da ordem econômica, dentre outros. Para um breve panorama da evolução da positivação dos direitos fundamentais, vide AFONSO DA SILVA (2006, p.54).

5. "Aproximando-nos da segunda década de vigência da LACP, a constatação que se faz é que, analisando a realidade nacional, o funcionamento de tais fundos é ainda incipiente - e, por via de consequência, os resultados obtidos, ainda tímidos. Reflexo dessa constatação é que a bibliografia acerca do tema é extremamente reduzida, podendo-se contar nos dedos artigos destinados ao estudo da matéria. E no mesmo sentido as monografias que tratam do processo coletivo, que relativamente poucas linhas destinam a essa temática" (DELLORE, 2005, p. 124).

6. No direito americano, as class actions são disciplinadas pelo Federal Rules of Civil Procedure (Regra 23) e servem tanto para a defesa de interesses individuais homogêneos, quanto para os difusos e coletivos. Para uma comparação percuciente do sistema americano e brasileiro de proteção dos direitos coletivos, vide SALLES (2006, p. 13).

7. 744 F.2d 1252, 1254 (7th Cir. 1984).

8. 67 Cal. 2d 695, 698 (1967).

9. 28 Cal.2d 363, 171 P.2d 875, 881 (1946), cert. denied, 329 U.S. 793, 67 S.Ct. 370, 91 L.Ed. 678 (1946).

10. 715 P.2d 564 (Cal. 1986).

11. 314 F.Supp. 710 (S.D.N.Y.1970) (1971).

12. Outros exemplos são os US\$ 2,5 milhões em Van Gemert v. Boeing Company [520 F.2d 1373 (2d Cir.), cert. denied, 423 U.S. 947, 97 S.Ct. 364, 46 L.Ed.2d 282 (1975). (1984)] e US\$ 6 milhões em In re Folding Carton Antitrust Litig. [744 F.2d 1252, 1254 (7th Cir. 1984)] In re Folding Carton (1983)].

13. 880 F.2d 807 (5th Cir. 1989).

14. 520 F.2d 1373 (2d Cir.), cert. denied, 423 U.S. 947, 97 S.Ct. 364, 46 L.Ed.2d 282 (1975) (1984).

15. 509 NYS 2d 374 (1986).
16. 340, F.2d 142 (8th Cir. 1965).
17. 744 F.2d 1252, 1255 (7th Cir. 1984).
18. 28 U.S.C. § 2042 (2006).
19. 715 P.2d 564 (Cal. 1986).
20. Língua oficial na administração inglesa desde a invasão dos franco-normandos no século V até o século XI.
21. No caso Jackson v. Phillips [(1867) 96 Mass. 539], o de cujus almejava que sua herança fosse usada para "criar um sentimento público contra a escravidão nos Estados Unidos". Com a superveniência da abolição da escravatura, entretanto, os recursos foram aplicados em favor da proteção dos afro-descendentes carentes.
22. Edith L. Fisch, *The Cy Près Doctrine in the United States* 4 (1950).
23. 41 Cal. 3d 460, 715 P.2d 564, 224. Cal. Rptr. 605 (1986).
24. Trusts são figuras jurídicas sem correspondência perfeita no direito brasileiro. No caso, a figura mais aproximada pode ser considerada a "fundação de direito privado". O constituinte do trust transfere o direito de propriedade sobre determinados bens a um trustee, que deve administrá-los em nome próprio, porém no interesse e segundo as especificações do constituinte.
25. Segundo KARAS (2002, p. 970) "fluid recovery is a method of distributing the unclaimed or residue funds that remain after all class member have claimed their share of a damages award. Most frequently, under fluid recovery procedures, the portion of the damages award that cannot be distributed directly to individual class members is distributed in such a way as to put the residue to its 'next best' use and to make certain that the defendant disgorge all of its ill - gotten gains".
26. 28 Cal.2d 363, 171 P.2d 875, 881 (1946), cert. denied, 329 U.S. 793, 67 S.Ct. 370, 91 L.Ed. 678 (1946).
27. *Idem*.
28. 417 U.S. 156, 171 (1974).
29. Nos. 76 L 12896, 77 CH 6497 (Cir. Ct. Cook County Aug. 1, 1985).
30. CA No. 71774 (E.D. Pa. Feb. 28, 1978).
31. No. 71 C 2548 (N.D. Ill. Mar. 15, 1976).
32. No. 74 C 3117 (N.D. Ill. 1974).
33. 63 F.R.D. 684 (N.D. Ill. 1974).
34. No. 74 C 1547 (N.D. Ill. 1974).
35. No. 75 C 4026 (N.D. Ill. 1975).
36. 557 F. Supp. 96 (M.D. Pa. 1982), later proceeding, 596 F. Supp. 1274 (1985).

37. No. 73-652 (E.D. Pa. July 31, 1981).
38. No. A-77-CA-198 (W.D. Tex. 1979).
39. MDL 310, 53 Antitrust & Trade Regulation Reports 711 (S.D. Tex. Oct. 6, 1987).
40. Inc., 81 Cir. 1891 (R.O.) (S.D.N.Y. 1988).
41. 314 F. Supp. 710, 728 (S.D.N.Y. 1970), aff'd, 440 F.2d 1079 (2d Cir.), cert. denied, 404 U.S. 871 (1971).
42. 546 F. Supp. 1 (N.D. Ohio 1982).
43. 89 C 5251 (N.D. Ill. June 22, 1993) (modified Sept. 7, 1993).
44. MDL 395 (S.D.N.Y. July 29, 1991).
45. MDL 310, 53 Antitrust and Trade Regulations Reports 711 (S.D. Tex., Oct. 6, 1987).
46. No. NCC 11933 B (Los Angeles Superior Ct., Apr. 24, 1984).
47. No. 71 L 5745 (Cir. Ct. of Cook County, Ill., Nov. 3, 1993).
48. No. 85 CH 7019 (Cir. Ct. Cook County Jan. 3, 1992).
49. Veja *Wilson v. Southwest Airlines, Inc.* (880 F.2d 807, 809, 5th Cir.1989), rejeitando a aplicação do *cyprès* para beneficiar instituição de caridades, e *Folding Carton* (744 F.2d at 1254), entendendo que a corte a quo havia abusado de sua discricionariedade para aplicar os recursos não reclamados para constituir uma fundação com fins de defesa do antitruste.
50. Nas ações para tutela dos interesses individuais homogêneos, a condenação é genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados. A decisão contemplará o reconhecimento da obrigação, conferindo certeza apenas da ilicitude do ato e da responsabilidade do réu pelos danos que dele decorrer. Os prejudicados devem proceder à habilitação individual e respectiva execução, mediante a comprovação do dano pessoal, bem como o nexo causal com o dano genericamente declarado. Por fim, será apurado o valor (quantum debeatur), inclusive considerando as especificidades do caso concreto.
51. Para um estudo sistemático dos fundos públicos, vide SANTOS (2002, p. 672).
52. Atualmente, a sociedade civil organizada é representada pelo Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC), pelo Instituto "O Direito por um planeta verde" e Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor (BRASILCON).
53. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é a autoridade antitruste brasileira. Trata-se de um tribunal administrativo, de natureza judicante, cujos membros possuem garantias institucionais de independência em relação à Administração Direta (mandatos aos conselheiros e irrevisibilidade das decisões no âmbito do Poder Executivo).
54. "Este termo passou a ser utilizado nos anos 80, para designar várias organizações que, originárias dos vários movimentos sociais dos anos 70, vinham agregando quadros de matrizes ideológicas diversas, como o marxismo e o cristianismo, e passaram a contar com uma estreita cooperação com organizações não governamentais internacionais. A partir do final da década de 80 e do início da década de 90, tornou-se

comum no Brasil, especialmente entre os teóricos da Reforma do Estado, a expressão Terceiro Setor para designar o conjunto de organizações da sociedade civil de fins públicos e sem objetivo de lucro. [...] O Terceiro Setor é representado pelas formas jurídicas, a saber: as Associações, as Sociedades Simples Sem Fins Lucrativos, as Fundações, as OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público -, as OS - Organizações Sociais - e demais sociedades civis sem fins lucrativos. [...] Estas modalidades de organizações interagem com o Estado por meio de convênios, o qual, o poder público os celebra com entidades sem fins lucrativos, geralmente precedidos de licitação" (BAZOLI, 2007,, p. 34).

55. Inúmeros critérios devem ser levados em consideração para escolha de projetos prioritários num contingente de escassez de recursos. O Operations Evaluation Department (OED) do Banco Mundial leva em consideração os seguintes critérios para escolha de projetos sociais prioritários: "(1) the relevance of the project's objectives in relation to country needs and institutional priorities; (2) its efficacy (the extent to which its development objectives have been - or are expected to be - achieved); (3) its efficiency (the extent to which its objectives have been - or are expected to be - achieved without using more resources than necessary); (4) the sustainability of the project (the likelihood that its estimated net benefits will be maintained or exceeded over the life of the project); (5) the institutional development impact (the extent to which the project improves the ability of a country to make better use of its resources); and (6) the performance of the Bank and the borrower (focusing on how good a job each partner has done at each stage of the project cycle)".

56. "A sentença condenatória impositiva de recolhimento de valor ao fundo é tipicamente medida de natureza compensatória, oposta àquela impositiva da obrigação de fazer ou específica, pela qual se produz a efetiva reparação do dano. Nesse último tipo de medida incorre o responsável pela lesão ao meio ambiente ou por qualquer outro interesse difuso. Isso porque a responsabilidade legal e constitucional (para não dizer ética) é de reparar o meio ambiente [ou outro interesse difuso], reconduzindo-o para situação anterior à lesão. A exclusão pelo juízo dessa responsabilidade somente é válida diante da completa impossibilidade de reconstituição do bem lesado" (SALLES, 1998, p. 308). Assim, somente quando "esgotadas as possibilidades de a tutela jurisdicional ser prestada em forma específica, seja pela irreparabilidade do bem, seja pela incapacidade judicial de executá-la, resta como alternativa a tutela de natureza compensatória" (SALLES, 1998, p. 317).

57. Divergindo de SALLES (1998, p. 316), MIRRA (2006, p. 9) entende que, "no que se refere ao dinheiro resultante de condenações judiciais proferidas no contexto da reparação pecuniária do dano ambiental, não há qualquer liberdade para os conselhos gestores dos fundos federal e estaduais, no sentido de utilizarem a verba para finalidade diversa daquela da recomposição do bem ou sistema ambiental degradado, tutelado por aquela ação civil pública da qual proveio o dinheiro. A vinculação, aqui, é total, a menos que essa providência não seja possível, em virtude da irreversibilidade do dano ambiental".

58. Sobre a necessidade do juiz fazer uma análise institucional comparada para definir quem deve decidir determinada questão, vide KOMESAR (1994).

59. Ainda no mesmo sentido, MACEDO JR. (2001, p. 767), para quem: "A questão é bem mais polêmica no que se refere ao uso dos recursos do fundo na modernização administrativa e na aquisição e aprimoramento dos equipamentos dos órgãos responsáveis pela execução das atividades-meio e fim na defesa de interesses difusos ou coletivos. Tal ampliação é perigosa e indesejável, na medida em que com ela poderão os recursos do fundo ser diluídos e utilizados em atividades estranhas à origem do recurso".

60. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Ações Coletivas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (disponível em: [www.direitoprocessual.org.br]) prevê expressamente

essa possibilidade, no art. 27, que assim dispõe: "O Fundo será administrado por um Conselho Gestor federal ou por Conselhos Gestores estaduais, dos quais participarão necessariamente, em composição paritária, membros do Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à realização de atividades tendentes a minimizar as lesões ou a evitar que se repitam, dentre outras que beneficiem os bens jurídicos prejudicados, bem como a antecipar os custos das perícias necessárias à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e a custear o prêmio previsto no § 3.º do art. 17".

61. O art. 5.º, § 6.º, da LACP, acrescido pelo CDC (LGL\1990\40) (Lei 8.078/90) previu que "os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".

62. "Neste contexto, interpretamos extensivamente o aludido dispositivo, de maneira que, nos casos em que os interessados se obrigam, por meio dos Compromissos de Ajustamento de Conduta firmados, a indenizar os danos causados ao meio ambiente, ou nos casos de execução por descumprimento do compromisso, o valor pago deverá, obrigatoriamente, ser direcionado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos. A corroborar tal entendimento, Ronaldo Porto Macedo Júnior afirma que, ao lado das ações civis públicas, 'podem os resultados de execuções fundadas nos compromissos de ajustamento também reverter em favor do fundo (art. 5.º, § 6.º, da LACP acrescentado pelo art. 113, CDC (LGL\1990\40))'. No mesmo sentido, Álvaro Mirra salienta que 'conforme se tem entendido, ao fundo deve também reverter o dinheiro resultante de obrigações pecuniárias assumidas em compromissos de ajustamento de conduta. [...] A bem ver, esses Compromissos de Ajustamento de Conduta que não destinam seus recursos, direta e necessariamente, para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, prejudicam não só o Fundo, mas também a sociedade, que deixa de ser beneficiada com projetos que seriam patrocinados com tais recursos'" (MILLARÉ, SETZER & CASTANHO, 2005, p. 9).

63. "Nesse tocante, vale ressaltar que a vivência da aplicação da LACP aponta também para outros casos em que, nada obstante a irregularidade de não serem destinados ao Fundo, os recursos oriundos de Compromissos de Ajustamento de Conduta acabam atingindo uma finalidade sócio-ambiental, que reverte em benefício da coletividade. Trata-se daqueles casos em que os órgãos públicos legitimados celebram Compromissos que prevêm a aplicação do produto das indenizações pagas a título de 'compensação' para a criação de parques, áreas verdes, revegetação de mata ciliar, manutenção de viveiro de mudas e fomento de programas de educação ambiental. Considerando que 'as medidas compensatórias deverão, de todo modo, guardar alguma relação com a degradação causada, visando à preservação ou conservação de bens, valores e ecossistemas assemelhados, preferencialmente na própria localidade do dano', parece-nos que tais Compromissos de Ajustamento de Conduta conseguem alcançar, ainda que indiretamente, uma melhoria da qualidade ambiental e, portanto, podem ser aceitos, por não fugirem completamente do espírito da LACP. Isto quer dizer que, numa visão menos formalista e mais finalista, alguns desvios podem ser tolerados, especialmente levando-se em consideração fatores como a reconhecida inoperância do Fundo, que dificulta a obtenção de resultados tão rápidos e satisfatórios para o meio ambiente e para a sociedade quanto os alcançados nestes Compromissos não-ortodoxos" (MILLARÉ, SETZER & CASTANHO, 2005, p. 9).

64. Espécie de suspensão condicional do processo administrativo para repressão das infrações contra a ordem econômica, disciplinada pelo art. 53 da Lei 8.884/94.

65. A proposta não foi aprovada pelo Plenário do CADE, que entendeu pela impossibilidade de celebração de TCC no âmbito de investigações de cartéis, à vista da legislação então vigente (art. 53, § 5.º, da Lei 8.884/94, com a redação dada pela Lei 10.149/2000). Referido dispositivo legal foi posteriormente alterado pela Lei

11.482/2007.

66. A experiência foi relatada em editorial do jornal O Estado de S. Paulo, de 13.07.2006, da seguinte forma: "O pólo industrial de Cubatão, famoso nas décadas de 70 e 80 como a região mais poluída do mundo, contará, a partir de agosto, com a primeira instituição pública de pesquisas do País erguida como resultado de um Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental (TAC) - instrumento legal que impõe que empresas causadoras de danos ambientais os compensem por meio de investimentos sociais e preservacionistas na comunidade afetada. O Centro de Capacitação e Pesquisa em Meio Ambiente (Cepema) foi construído pela Petrobras, numa área de 20 mil metros quadrados pertencente à Refinaria Presidente Bernardes. A empresa terá, em contrapartida, regularizada a licença de duas unidades produtivas da refinaria, a Unidade de Craqueamento Catalítico e a Unidade de Tratamento, responsáveis pela produção de diesel ecológico, que operavam em desacordo com a legislação. O Cepema entrará em funcionamento em agosto e será doado à Universidade de São Paulo (USP). Desenvolvido a partir de uma concepção multidisciplinar, o centro reunirá atividades de pós-graduação e extensão nas áreas de gestão de preservação dos recursos naturais, num modelo bastante inovador. Desde o projeto, de autoria do arquiteto Carlos Bratke, a preocupação foi não agredir o meio ambiente e ser funcional para os pesquisadores. O prédio exigiu da Petrobras investimentos de R\$ 10,8 milhões e reúne laboratórios, salas de aula e anfiteatro, que servirão tanto aos pesquisadores quanto aos professores da rede municipal de Cubatão que, ali, passarão por um processo de capacitação em aulas de educação ambiental. Nos próximos cinco anos, a Petrobras investirá outros R\$ 5 milhões, aproximadamente, na manutenção das atividades no centro. Cubatão foi a cidade que mais influência teve no processo de evolução das questões ambientais no Brasil. Há três décadas, seu pólo industrial lançava no ar, diariamente, quase mil toneladas de poluentes. Outras milhares de toneladas de resíduos tóxicos contaminavam os mangues, os rios e o solo da região. Em 1984, a prefeitura local passou a liderar uma parceria com as indústrias, a comunidade e a Cetesb para iniciar um programa de despoluição. Mais de 320 fontes poluidoras foram identificadas e obrigadas a adotar um rigoroso cronograma de controle da emissão de poluentes. Em dez anos, os índices de emissão dessas fontes baixaram em 93%. A expectativa é de que, até 2008, cheguem a zero. A despoluição dos mananciais, o reflorestamento das encostas e o controle das fontes poluidoras secundárias levou Cubatão a conquistar na Eco92 o Selo Verde, concedido pela Organização das Nações Unidas (ONU), que reconheceu a cidade como exemplo mundial de recuperação ambiental. Doze anos depois, no meio de uma infinidade de prédios industriais, o Cepema desponta em Cubatão como símbolo da maturidade do poder público na aplicação da legislação ambiental e, de alguns setores da indústria, na gestão do meio ambiente. O comprometimento das empresas, do poder público e da comunidade científica com o desenvolvimento do Cepema trará grande contribuição para a preservação do meio ambiente em várias regiões do País, e a consolidação daquele município como laboratório-padrão nessa linha de pesquisa. Entre os projetos a cargo do centro, há os de melhorias de processos químicos e energéticos, monitoramento da degradação por poluentes usando radiação solar e artificial, além de estudos sobre toxinas liberadas por algas em reservatórios artificiais ou no mar. Empresas, como a Alcoa, já escolheram o Cepema como destino de recursos para o desenvolvimento de programas de sustentabilidade ambiental. Com essas verbas, projetos que visam à preservação da mata atlântica e questões como o seqüestro de carbono serão viabilizados. Também servirão para manter um centro de triagem e reabilitação das espécies da fauna da Baixada Santista e da Serra do Mar. É a primeira vez que um Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental traz resultado concreto e de valor para a comunidade atingida. Mais do que reparar os danos ambientais, a Petrobras, a USP e empresas parceiras permitirão melhorias ambientais em Cubatão, que poderão ser multiplicadas em outros pólos industriais brasileiros".

67. Art. 13 da LACP; art. 1.º, § 2.º, I, da Lei 9.008/95.

68. Art. 100, parágrafo único do CDC (LGL\1990\40) c/c art. 1.º, § 2.º, III, da Lei

9.008/95.

69. As multas por infrações contra a ordem econômica são previstas no art. 23 da Lei 8.884/94 e aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

70. As multas por infrações contra o consumidor são previstas no art. 57 do CDC (LGL\1990\40) e aplicadas, no âmbito federal, pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça. Vários outros órgãos federais também podem aplicar as multas previstas no CDC (LGL\1990\40), como, por exemplo, a Comissão Reguladora de Medicamentos (CMED).

71. Para 2008, as prioridades foram definidas na Resolução 20/2008. Para 2009, as prioridades estão sendo definidas atualmente pelo CFDD, inclusive com a realização de consultas públicas.

72. O Balanço Social do FDD 2003/2004 e o Balanço Social do FDD 2005/2006 encontram-se disponíveis na internet em: [<http://www.mj.gov.br/cfdd>].

73. "Graças ao trabalho acima descrito, em especial (i) ao incentivo da Procuradoria à adoção de formas alternativas de solução negociada do processo administrativo e judicial (transação judicial); (ii) ao aprimoramento das atividades do Setor Contencioso e (iii) ao maior rigor no controle e registro da Dívida Ativa, foram recolhidos em multas aplicadas pelo CADE no biênio 2006/2007 R\$ 32.701.116,85 mais do que em todo o quinquênio 2001/2005 (R\$ 22.780.042,10)" (BADIN, 2007, p.14).

74. "Antes, à míngua de uma política de divulgação, apenas poucos proponentes se apresentavam para pleitear recursos do FDD, a maioria deles para projetos da área de defesa do consumidor, graças à divulgação 'boca a boca' que era feita nas reuniões de PROCON e do fórum de entidades civis de defesa do consumidor" (BADIN, 2005, p. 7).