

Fundo de Defesa de Direitos Difusos: descompasso com a garantia da tutela adequada e efetiva dos direitos coletivos

Fábio Nesi Venzon

Procurador Regional da República na PRR – 4ª Região

Resumo: O presente artigo analisa a efetividade das indenizações pecuniárias destinadas ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) em sede de ações coletivas. Considerando que as ações coletivas se inserem no campo da responsabilidade civil, aplicando-se o princípio da reparação integral, aborda o direito constitucional de acesso à justiça como garantia da tutela jurisdicional efetiva e adequada do direito material. O estudo esclarece que o FDD é instrumento legal destinado à reparação integral do dano quando inviável a condenação em obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa por parte do réu. A finalidade de utilização dos recursos do FDD na reconstituição de bens lesados ou compensação dos danos ainda é verificada a partir da Lei n. 7.347/1985, que o instituiu, e da Lei n. 9.008/1995, que o regulamenta, bem como de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código de Processo Civil. Demonstra-se, então, que o FDD tem seus recursos, quase que integralmente, contingenciados, fazendo com que este tenha existência meramente simbólica. Este artigo conclui que a tutela efetiva e adequada dos direitos difusos e coletivos lesados, com a sua reparação integral, não está sendo alcançada com condenações em indenização pecuniária ao fundo federal. Assim, a utilização dos recursos em afronta à Constituição, à legislação e à própria sentença condenatória está a exigir providências para reverter esse quadro. Diante disso, são sugeridos pedidos subsidiários a serem deduzidos nas ações coletivas de forma a assegurar a adequada e efetiva tutela dos direitos difusos e coletivos.

Palavras-chave: Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Responsabilidade civil. Princípio da reparação integral. Tutela efetiva dos direitos coletivos e difusos. Contingenciamento.

Abstract: This article analyzes the effectiveness of pecuniary compensation to the Fund for the Defense of Diffuse Rights (FDD) to reparation or compensation of damages in class actions. Considering that class actions fall within the field of liability, applying the principle of integral reparation, the constitutional right of access to justice is addressed as guarantee of effective and adequate judicial protection of substantial rights. The study clarifies that the FDD is an instrument for the integral reparation when unfeasible condemnations in obligations to do, to not do or give thing on the part of the defendant. The purpose of using the resources of the FDD in the reconstitution or compensation for collective damages is still verified from Law 7.347/1985 and Law 9.008/1995, which regulates it, as well as provisions of the Code of Consumer Protection and the new Code of Civil Procedure. It is then demonstrated that the resources of the fund are being, almost completely, limited by the Federal Union, making it have a merely symbolic existence. This article concludes that the effective and adequate protection of the diffuse and collective rights injured, with the integral reparation, is not being reached with convictions in pecuniary compensation to the federal fund. Thus, the use of resources in defiance of the Constitution, legislation and the condemnatory sentence itself, is demanding measures to reverse this situation. In view of this, subsidiary pleadings are suggested to be deducted in class actions in order to ensure adequate and effective protection of diffuse and collective rights.

Keywords: Fund for the Defense of Diffuse Rights. Civil liability. Integral reparation principle. Effective protection of collective and diffuse rights. Contingency.

Sumário: 1 Introdução. 2 Escopo legal do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). 3 A verdadeira destinação dada aos recursos do FDD. 4 A atual situação do FDD vista como afronta à garantia da tutela adequada e efetiva dos direitos coletivos – alternativas possíveis. 5 Conclusões.

1 Introdução

O presente artigo pretende analisar o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), instituído pelo art. 13 da Lei da Ação

Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e regido pela Lei n. 9.008/1995, sob a ótica do direito de acesso à justiça enquanto garantia da tutela efetiva do direito material.

Objetiva o estudo em tela verificar se as indenizações pecuniárias destinadas ao FDD, estabelecidas em ações coletivas¹, cumprem o desiderato para o qual foi instituído o aludido fundo federal, que é assegurar, no âmbito da responsabilidade civil, a reparação integral do dano a bens difusos e coletivos, mediante a sua recomposição (reparação *in natura*) ou por meio de medidas compensatórias.

Para tanto, realizamos um cotejo entre os valores recebidos pelo Fundo de Defesa de Direitos Difusos, desde o ano de 2003 até 2016, e a respectiva destinação dos recursos, avaliando até que ponto o contingenciamento de recursos por parte do Governo Federal tem desvirtuado o fundo de sua finalidade institucional. Analisamos, ainda, os editais lançados para seleção de projetos a serem executados nos anos de 2017 e 2018, para avaliar se os recursos que são aplicados possuem alguma vinculação aos danos que ensejaram as respectivas indenizações pecuniárias em ações coletivas.

A partir dos dados obtidos, verificamos a compatibilidade do FDD, na sua feição atual, com o direito constitucional à prestação jurisdicional efetiva, assim como com os direitos difusos e coletivos com assento constitucional que o FDD deveria defender, abordando as alternativas possíveis para uma adequada tutela desses direitos.

2 Escopo legal do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD)

O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), regulado pela Lei n. 9.008/1995, foi instituído a partir dos arts. 13 e 20 da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), com intuito de assegurar

1 A expressão “ações coletivas” é utilizada em sentido amplo, abrangendo as diferentes ações que tutelam, no âmbito do microsistema do processo coletivo, direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

a indenização por danos patrimoniais e morais causados a direitos difusos e coletivos (meio ambiente, consumidor, entre outros) nas hipóteses em que não fosse possível a reparação *in natura* mediante o cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e dar coisa².

Portanto, o FDD é um instrumento legal inserido dentro do campo da responsabilidade civil, que, por sua vez, é regida pelo princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*) do dano. Sanseverino (2010, p. 19 e 34), em obra que analisa exatamente o princípio em comento, refere:

O princípio da reparação integral ou plena, também chamado de equivalência entre o dano e a indenização, como indicado por sua própria denominação, busca colocar o lesado em situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o ato ilícito.

No mesmo sentido, ensina Cavalieri Filho (2015, p. 28), *in verbis*:

O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera nesse campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão.

Atualmente, o princípio da reparação integral encontra previsão expressa no *caput* do art. 944 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano”.

A responsabilidade civil, em geral, e não é diferente na seara da tutela de direitos difusos e coletivos; objetiva, primordialmente, assegurar, em virtude de um dano a um bem juridicamente tutelado, a restauração deste ao seu *status quo ante*. Daí a prioridade para a chamada reparação *in natura*, como se extrai claramente do

2 Em que pese o art. 3º da Lei da Ação Civil Pública referir que esta terá por objeto a *condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*, hoje é pacífico que igualmente é cabível a condenação em obrigação de dar coisa, além de outros pedidos que se fizerem necessários à adequada e efetiva tutela dos direitos coletivos (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 121-122).

art. 947 do Código Civil: “Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

O legislador não deixa margem para dúvida de que é preferível o efetivo restabelecimento ao estado anterior das coisas do que o pagamento de uma indenização pecuniária.

Nesse ponto, no âmbito específico da tutela coletiva, ainda temos a incidência do art. 84, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), aplicável ao microssistema do processo coletivo, por força do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública³, *in verbis*:

Código de Defesa do Consumidor

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Ocorre que há situações em que a reparação *in natura*, efetivada mediante obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa, termina sendo impossível de ser adimplida pelo causador do dano, razão pela qual, em atenção ao princípio da reparação integral, se faz necessária uma compensação do dano por equivalente pecuniário/indenização em dinheiro, consoante previsto nos dispositivos legais acima mencionados.

Além disso, ainda no plano da responsabilidade civil e, a fim de assegurar o princípio da reparação integral, o FDD recebe igual-

3 Lei da Ação Civil Pública: “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

mente recursos oriundos de condenações em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos quando não se habilitarem interessados em número suficiente (*fluid recovery*), consoante preveem o art. 100 do Código de Defesa do Consumidor⁴, igualmente aplicável à tutela de quaisquer direitos individuais homogêneos por força do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, e o § 2º do art. 2º da Lei n. 7.913/1989⁵, que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

A Lei da Ação Civil Pública, a fim de assegurar maior proteção aos direitos difusos e coletivos, vai além da previsão de pagamento de indenização pecuniária, pois, ao estabelecer, no seu art. 13, a destinação dessa indenização para um fundo federal e seus congêneres nos estados, o faz prevendo uma específica finalidade: *a reconstituição de bens lesados*.

Na seara privada, eventual indenização pecuniária poderá ser utilizada pelo titular do bem lesado na finalidade que bem entender, o que não ocorre no campo dos direitos difusos e coletivos, para o qual o legislador previu que essa indenização deveria reverter em prol da restauração dos bens difusos e coletivos que sofreram o dano.

4 Código de Defesa do Consumidor: “Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985”.

5 Lei n. 7.913/1989: “Art. 2º As importâncias decorrentes da condenação, na ação de que trata esta Lei, reverterão aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo.

§ 1º As importâncias a que se refere este artigo ficarão depositadas em conta remunerada, à disposição do juízo, até que o investidor, convocado mediante edital, habilite-se ao recebimento da parcela que lhe couber.

§ 2º Decairá do direito à habilitação o investidor que não o exercer no prazo de dois anos, contado da data da publicação do edital a que alude o parágrafo anterior, devendo a quantia correspondente ser recolhida ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”.

Assim, enquanto na seara privada, a indenização em dinheiro é efetivamente uma compensação por equivalente pecuniário para um dano que, a critério do beneficiário, poderá não ser recuperado com esses recursos. No âmbito dos direitos difusos e coletivos, a indenização pecuniária possui destinação vinculada à recomposição do bem lesado ou, na sua impossibilidade, à recuperação de outros bens de mesma natureza.

Essa destinação específica foi reafirmada pela Lei n. 9.008/1995, que veio regular o FDD, quando dispõe, no seu § 1º do art. 1º, que o FDD tem por finalidade *a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos*.

A Lei n. 9.008/1995 ainda prevê uma vinculação da aplicação dos recursos com a natureza da infração ou do dano causado, conforme se extrai do § 3º do seu art. 1º:

§ 3º Os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo *especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado*, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º deste artigo. [Grifo nosso].

O parágrafo único do art. 7º do Decreto n. 1.306/1994 é mais incisivo, dispondo expressamente que os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível. Vejamos:

Art. 7º Os recursos arrecadados serão distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no artigo anterior, e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado.

Parágrafo único. Os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível.

O referido decreto continua regulamentando o FDD naquilo que não contrariar a Lei n. 9.008/1995. Diga-se que esse é o enten-

dimento que vigora no Ministério da Justiça, em cuja estrutura organizacional está inserido o Conselho Gestor do FDD, pois o Decreto n. 1.306/1994 é referido entre as normas reguladoras do FDD no Relatório de Gestão do Exercício de 2015 do fundo (BRASIL, 2016, p. 15).

Como se extrai da Lei da Ação Civil Pública, da Lei n. 9.008/1995 e do Decreto n. 1.306/1994, a primeira destinação dos recursos do FDD deveria ser para recuperação do próprio dano que ensejou a condenação. Veja-se o exemplo de uma indenização pecuniária por danos morais coletivos em virtude de um grande desastre ambiental. Fazendo incidir os dispositivos em comento, interpretados sistematicamente com o princípio da reparação integral aplicável à responsabilidade civil, a única conclusão cabível é que o FDD deveria destinar os recursos para a comunidade atingida pelo dano que ensejou a condenação.

Ademais, em não sendo possível que a indenização pecuniária reverta para recuperação específica do dano que originou a condenação, por exemplo em virtude de um óbice técnico relativo à reparação de uma área degradada, então a indenização pecuniária deveria, prioritariamente, ser destinada a outro bem difuso ou coletivo correlato com o que foi danificado, de forma a assegurar uma compensação por equivalente de mesma natureza. É dizer, um dano ambiental específico, para o qual não é possível uma recuperação, deverá importar em destinação dos recursos da condenação judicial aportados ao fundo para outro bem ambiental próximo à área degradada, o mesmo se podendo afirmar em relação aos demais direitos difusos e coletivos.

Nesse sentido, a utilização dos recursos para promoção de eventos educativos, científicos e para a edição de material informativo, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos, prevista no § 3º do art. 1º da Lei n. 9.008/1995, denominada de compensação conglobante por Pinho (2010, p. 450-518), seria cabível apenas quando a recuperação do dano específico ou correlato fosse impossível, sendo uma outra forma de compensação por equivalente.

Em resumo, de acordo com a legislação de regência, a responsabilidade civil por danos a bens difusos e coletivos seria efetivada por meio de reparação *in natura* mediante obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa a serem cumpridas pelo responsável pelo dano, ou mediante o pagamento de indenização em dinheiro ao FDD que, por sua vez, priorizaria a destinação dos recursos para, igualmente, alcançar a recuperação dos bens lesados. Ou seja, a reparação *in natura* é o objetivo primeiro a ser alcançado tanto no âmbito da ação coletiva, em se tratando de obrigações de fazer, não fazer e dar coisa quanto por meio do FDD em caso de condenação em dinheiro, o qual deve ser revertido para financiar projetos de recuperação do dano específico.

Em sendo impossível a reparação *in natura*/reconstituição dos bens lesados (dano específico), a reparação integral deve se dar mediante a compensação do dano por meio de alguma medida equivalente, que pode ser a recuperação de outro bem difuso e coletivo degradado (dano correlato, cujo causador é desconhecido ou não possui recursos financeiros suficientes, p. ex.) ou a adoção de outras medidas (promoção de eventos educativos, científicos, edição de material informativo, modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas à proteção do direito difuso e/ou coletivo lesado), sempre no âmbito da mesma temática (ambiental-ambiental, consumidor-consumidor etc.)⁶.

Tais medidas compensatórias, igualmente, deveriam ser viabilizadas mediante o cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e dar coisa por parte do réu em ação coletiva (pedido subsidiário) ou em sede de termo de compromisso de ajustamento de conduta, ou ainda, por meio do FDD, no caso de ser estabelecida indenização pecuniária.

Como se percebe, em sendo encaminhados recursos para o FDD oriundos de sentenças condenatórias em ações coletivas, estes

6 Essa vinculação da aplicação dos recursos com a temática que o originou é necessária em sede de condenações em ações coletivas, ante o princípio da reparação integral. A mesma vinculação não se faz presente em se tratando de recursos do FDD oriundos de multas administrativas, os quais, contudo, devem respeitar as finalidades legais do FDD na defesa dos direitos difusos e coletivos (VENZON, 2017).

deveriam ser direcionados, inicialmente, para a reconstituição do bem específico lesado, ou, em não sendo possível, para compensação por meio da recuperação de dano correlato ou execução de outras providências destinadas à defesa de direitos difusos e coletivos (compensação conglobante). Contudo, esse não é o encaminhamento que está sendo dado pelo fundo federal; bem longe disso.

3 A verdadeira destinação dada aos recursos do FDD

Estabelecidas as finalidades pelas quais foi instituído o FDD, veremos, no presente tópico, que o referido fundo federal não tem sido efetivo no cumprimento delas. Apesar da receita sempre crescente do FDD, este não tem sido capaz de atender as demandas por recursos para execução de projetos para tutela de interesses difusos e coletivos. O maior problema, sem dúvida, é o contingenciamento, com fundamento no art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal⁷, dos recursos do FDD para assegurar as metas de *superavit* primário do Governo Federal.

Isso é reconhecido pelo órgão executivo do FDD, conforme se extrai, claramente, do seu Relatório de Gestão do Exercício de 2016 (BRASIL, 2017b, p. 38):

O volume de projetos apresentados aumenta a cada ano, devido, principalmente, à divulgação do FDD, e ao trabalho desenvolvido pelos convenientes. Porém, o número de projetos apoiados está aquém do ideal, tomando-se por base a relação entre recursos aplicados e arrecadação do Fundo. É bem verdade que os recursos não advêm diretamente da conta do FDD, e sim do orçamento do Ministério da Justiça e Segurança Pública, mas quanto maior a execução, melhores são as chances de nos próximos anos haver uma implementação nos recursos.

7 “Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.”

Porém, o *contingenciamento financeiro sistemático ano após ano vem reduzindo o número de projetos apoiados*. Situação preocupante vem ocorrendo na elaboração e na execução orçamentária, pois as Unidades que dispõem de receitas diretamente arrecadadas (fonte 150) e receitas vinculadas (fontes 118, 174, 175, etc...), vêm sendo compelidas gradativamente a formarem montantes superavitários em função da diferença entre a estimativa de arrecadação de receitas e o limite monetário efetivamente concedido para o financiamento das suas despesas anuais, repercutindo assim sobremaneira na formação da chamada Reserva de Contingência na própria Unidade Orçamentária. Esta situação é recorrente devido aos limites monetários para elaboração e execução do orçamento serem inferiores ao total estimado e arrecadado das receitas, gerando assim superávits anuais. *Quando é solicitada liberação de parte dos recursos da Reserva de Contingência prevista no orçamento do FDD, a Secretaria de Orçamento Federal – SOF/MPOG nega, justificando a inexistência de espaço fiscal para aumentar as despesas discricionárias*. [Grifo nosso].

Vamos ilustrar melhor a gravidade do cenário de restrição orçamentária que vem passando o FDD, trazendo alguns dados dos anos de 2003 a 2016.

Conforme consta no Relatório de Gestão do Exercício de 2015 do FDD, houve empenho de recursos na ordem de R\$ 3.833.440,00 (BRASIL, 2016, p. 13), alocados para onze projetos, e a arrecadação nesse mesmo ano foi de R\$ 563.326.342,06, conforme tabela acessada no *site* do Ministério da Justiça⁸. Ou seja, *apenas 0,68% dos recursos arrecadados pelo FDD foram aplicados nas finalidades do fundo*.

No ano de 2016, a situação foi ainda pior, pois, arrecadados R\$ 775.034.487,75⁹, foram executados apenas oito projetos em valores que não superam, cada um, R\$ 350.000,00, conforme consta do

8 Disponível no *site* do Ministério da Justiça: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/Arrecadacao>>. Acesso em: 12 maio 2017.

9 Disponível no *site* do Ministério da Justiça: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/Arrecadacao>>. Acesso em: 1º set. 2017.

Edital de Chamamento Público CFDD n. 01, de 13 de maio de 2015 (BRASIL, 2015), destinado a selecionar projetos para 2016.

E essa situação decorre do contingenciamento efetuado pela União em relação aos recursos do FDD, o que tem impedido o fundo de atender a demanda das organizações da sociedade civil e de órgãos públicos por recursos para executar projetos em prol da defesa de interesses difusos e coletivos.

Nesse sentido, em 2013, de 507 propostas de trabalho/cartas-consulta para seleção de projetos, foram selecionados 45 projetos como prioritários, mas apenas treze foram efetivamente conveniados naquele ano. Em 2014, de 699 propostas de trabalho/cartas-consulta para seleção de projetos, houve seleção de 36 projetos como prioritários e somente 22 conveniados. Em 2015, de 526 propostas de trabalho/cartas-consulta para seleção de projetos, foram selecionados 29 projetos como prioritários, mas apenas onze efetivamente conveniados em 2015 (BRASIL, 2016, p. 28).

Em 2016, de 897 propostas de trabalho/cartas-consulta para seleção de projetos, sendo 470 da área meio ambiente, 364 da área outros (patrimônio histórico e outros direitos difusos) e 63 da área consumidor, 26 foram selecionados como prioritários, *mas apenas oito efetivamente conveniados* (BRASIL, 2017, p. 38).

Colocando, lado a lado, a importância arrecadada¹⁰ (conforme tabelas extraídas da página do FDD no *site* do Ministério da Justiça¹¹) e os projetos apoiados financeiramente dos anos de 2003 a 2016 (BRASIL, 2017b, p. 38), é possível ver que, salvo alguns anos, é inversamente proporcional. Ou seja, quanto mais é arrecadado pelo FDD, menos se investe nos seus objetivos, em razão do contingenciamento dos recursos. Vejamos a tabela respectiva:

10 Consideramos a arrecadação decorrente de multas, indenizações, sorteios e doações. Não foram consideradas outras receitas, tais como decorrentes de devolução de saldos de convênios de exercícios anteriores.

11 Disponível no *site* do Ministério da Justiça: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/Arrecadacao>>. Acesso em: 12 maio 2017.

Ano	Arrecadação (R\$)*	N. de projetos apoiados
2003	3.656.386,00	36
2004	5.215.806,00	34
2005	4.223.215,85	31
2006	11.377.709,29	23
2007	29.966.549,71	42
2008	72.758.068,56	37
2009	49.716.227,52	29
2010	30.814.409,52	45
2011	41.462.227,35	30
2012	57.012.619,56	16
2013	120.288.753,13	13
2014	192.354.624,49	22
2015	563.326.342,06	11
2016	775.034.487,75	8

* Os dados de arrecadação não foram extraídos da tabela inicial existente na página do FDD no *site* do Ministério da Justiça, que engloba a arrecadação desses anos, mas sim de tabelas específicas para cada ano, igualmente disponível em *link* na mesma página, informação que reputamos mais confiável.

Veja-se a gravidade da situação que vem sendo vivenciada pelo FDD nos últimos anos. Em 2005, o fundo federal arrecadou R\$ 4.223.215,85 e apoiou 31 projetos; onze anos depois, em 2016, tendo arrecadado a vultosa soma de R\$ 775.034.487,75, apoiou apenas oito projetos em valor não superior a R\$ 350.000,00 cada um.

O contingenciamento dos recursos do FDD tem sido tão intenso nos últimos anos que se pode dizer que o fundo federal hoje existe apenas simbolicamente, caracterizando o que Neves (2007) refere como legislação-álibi¹², pois está longe de atender a

12 Sobre a legislação-álibi, escreve Neves (2007, p. 36-41, grifo nosso): “[...] O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão ‘legislação-álibi’. *Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e*

demanda por recursos para projetos na defesa de interesses difusos e coletivos que chegam até ele.

4 A atual situação do FDD vista como afronta à garantia da tutela adequada e efetiva dos direitos coletivos – alternativas possíveis

O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD) foi criado pela Lei da Ação Civil Pública para ser um instrumento destinado a assegurar a recuperação de bens difusos e coletivos lesados, um meio para garantir a reparação integral do dano no âmbito da responsabilidade civil. O FDD, portanto, não é um fim em si mesmo, devendo ser interpretado à luz do direito de acesso à justiça.

A Constituição Federal, no seu art. 5º, inc. XXXV, dispõe que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. A doutrina processual moderna extrai desse dispositivo uma garantia constitucional à tutela efetiva do direito material violado ou ameaçado, é o que Marinoni (2006, 113-116) refere como direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Realmente, de nada adianta a existência de um direito de ação, ao qual se sucedem os respectivos atos processuais até a sentença, se não houver meios adequados para concretizar no mundo dos fatos a decisão proferida em sede de liminar ou de forma definitiva. Como esclarece Marinoni (2006, p. 112), o corolário do direito de ação não é o direito à sentença, quando esta não é suficiente para satisfazê-lo, mas sim o direito ao meio executivo adequado.

Essa concepção instrumental do processo restou acolhida expressamente no novo Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015, conforme se pode observar dos seus arts. 4º e 6º:

expectativas dos cidadãos. [...] A legislação-álibi decorre da tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos”.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, *incluída a atividade satisfativa*.

[...]

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e *efetiva*. [Grifo nosso].

Especificamente no que diz com a tutela dos direitos difusos e coletivos, já havia previsão nesse mesmo sentido no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável aos processos coletivos em geral por força do já referido art. 21 da Lei da Ação Civil Pública:

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua *adequada e efetiva tutela*. [Grifo nosso].

Para a tutela jurisdicional de direitos difusos e coletivos, diante de suas peculiaridades, se fazem necessários técnicas processuais/meios executivos adequados e diferenciados em relação às demandas privadas. A criação do FDD certamente se deu com essa preocupação. Veja-se o caso das ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, em que, não se habilitando número suficiente de pessoas lesadas, há necessidade de se dar uma destinação para o produto da condenação pela prática do ato ilícito (*fluid recovery*); ou as condenações em dinheiro por danos ambientais, em que, diante da transindividualidade do bem ambiental, os recursos não podem ser repassados para pessoas determinadas.

Ocorre que, como visto na seção anterior, o FDD não vem servindo como meio executivo adequado à tutela dos direitos difusos e coletivos lesados, na medida em que os recursos que aportam ao referido fundo são, quase que integralmente, destinados ao caixa único do Tesouro, para fins de contingenciamento, não mais retornando ao fundo.

Além disso, mesmo os recursos que são aplicados em projetos não possuem qualquer vinculação com as ações civis públicas, cujas

condenações em dinheiro foram destinadas ao FDD. Nesse sentido, nos editais lançados para seleção de projetos para os anos de 2017 e 2018, não há qualquer condicionante em relação a estar o local de aplicação dos recursos vinculado à origem destes. Conforme item 6.3.2, V, a, do Edital de Chamamento Público CFDD n. 01, de 5 de maio de 2017, apenas há eleição da diversidade regional dos projetos como critério de priorização (BRASIL, 2017a).

Assim, o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, diante da destinação que vem sendo dada aos seus recursos, passa por um processo de inconstitucionalização por afronta ao direito de acesso à justiça, na medida em que não é assegurada a tutela efetiva do direito material. A desvirtuação do FDD viola, outrossim, as normas constitucionais que estabelecem os direitos difusos e coletivos no momento em que não concretiza a reparação integral desses direitos quando lesados.

A título de exemplo, temos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Federal, que impõe a efetiva reparação do dano ambiental, seja mediante a reparação *in natura/in situ*, seja por meio de medidas compensatórias voltadas para o meio ambiente, que deveriam ser implementadas pelo próprio réu mediante obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa, ou pelo FDD, por intermédio dos recursos obtidos com a condenação do réu em obrigação de pagar quantia certa.

Nesse exemplo, quando o FDD recebe esses recursos e estes são contingenciados (não mais retornando ao fundo), a fim de assegurar o *superavit* primário do Governo Federal, a reparação integral do dano ambiental é impedida, violando o direito constitucional de acesso à justiça (direito à prestação jurisdicional efetiva) e o direito constitucional (material) ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (VENZON, 2017).

Essa constatação é suficiente para, enquanto não é revertido o processo de inconstitucionalização por que passa o FDD, justificar a não aplicação ao processo coletivo do art. 13 da Lei da Ação Civil Pública e dos dispositivos existentes em outros diplomas legais que remetem ao mesmo.

Nas ações coletivas em que for inviável a condenação do réu em obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa, ou naqueles casos em que a essas obrigações se faz necessário cumular obrigação de pagar quantia certa, o pagamento em dinheiro deve ser destinado a uma conta vinculada ao processo para financiar a execução de projetos para reconstituição dos bens lesados ou adoção de medidas compensatórias. Se não, pelo menos, que conste da sentença determinação para que os recursos que serão repassados ao FDD tenham sua destinação vinculada à restauração dos bens lesados objeto do processo respectivo¹³.

Ademais, essa condição atual do FDD deve servir de estímulo para que se busquem em ações coletivas, como primeira alternativa pela impossibilidade de reparação *in natura* do dano, medidas compensatórias diversas do pagamento de dinheiro. Isso porque as obrigações de fazer, não fazer e dar coisa servem não apenas para a reparação do dano específico mas igualmente para executar medidas compensatórias. Em ações civis públicas ambientais, por exemplo, é o caso de, em sendo irrecuperável a área degradada, não buscar, como primeira alternativa, a indenização pelo FDD, mas requerer a condenação do réu em obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa destinadas a assegurar uma compensação por equivalente ecológico (VENZON, 2017). Não deve ser diferente para os demais direitos difusos e coletivos.

Por outro lado, esse desvirtuamento do FDD – em afronta à Constituição Federal, ao próprio art. 13 da Lei n. 7.347/1985, que

13 Em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando a reparação integral de danos ambientais causados pelo bombeamento/vazamento de mistura ácida para a Lagoa dos Patos, no Estado do Rio Grande do Sul, no mês de setembro de 1998, em virtude de acidente ocorrido com o navio Bahamas, que transportava ácido sulfúrico, a Justiça Federal condenou os réus em indenização, que atualizada deve alcançar aproximadamente R\$ 80.000.000,00, destinando-a ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos sem qualquer ressalva. O Ministério Público Federal, por sua vez, requereu, em sede de apelação, que seja determinado ao FDD que os valores revertam para a região atingida, estando o recurso pendente de julgamento de embargos de declaração do MPF para que seja apreciado esse pedido (Processo n. 5006075-38.2012.4.04.7101, que tramita junto ao TRF – 4ª Região).

o instituiu, e ao art. 1º da Lei n. 9.008/1995 e art. 7º, parágrafo único, do Decreto n. 1.306/1994, que o regulamentam, bem como às regras processuais que preconizam a efetividade da tutela jurisdicional (arts. 4º e 6º do CPC/2015 e 83 do CDC) – está a demandar providências cabíveis, judiciais ou extrajudiciais, de forma a reverter esse quadro, a fim de que o FDD possa cumprir a finalidade para a qual foi criado, que é a defesa de direitos difusos e coletivos.

Importante salientar que a resolução do problema no âmbito da responsabilidade civil, mediante destinação dos recursos em ações coletivas para conta vinculada ao processo ou a obtenção da compensação mediante condenação em obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, não é suficiente, pois grande parte (mais de 70%) dos recursos recebidos pelo FDD não são provenientes de condenações em ações coletivas, mas sim de multas administrativas oriundas de diversas fontes (art. 57 e seu parágrafo único do CDC e 84 da Lei n. 8.884/1994, hoje art. 28, § 3º, da Lei n. 12.529/2011)¹⁴ e que, igualmente, não estão sendo destinadas para a defesa de direitos difusos e coletivos, em prejuízo destes.

Nesse ponto, o FDD tem por finalidade a reconstituição de bens lesados objeto de ações coletivas, mas, igualmente, a recuperação de bens difusos e coletivos, desvinculados de algum feito judicial, quando o autor seja desconhecido, não mais exista ou não possua condições financeiras para efetivar a reparação. Para essa última hipótese, que aproxima o FDD do *Cercla Superfund* americano¹⁵, é que devem ser destinados, precipuamente, os recursos oriundos de multas administrativas.

14 No ano de 2016, 89,56% dos recursos do FDD foram oriundos de multas por infração à ordem econômica aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), nos termos da Lei n. 12.529/2011. Essa situação não difere dos anos anteriores, em que as multas aplicadas pelo CADE foram responsáveis por 77,44% (2010), 73,65% (2011), 80,06% (2012), 76,36% (2013), 87,91% (2014) e 93,02% (2015).

15 Conforme se extrai do *site* da Agência de Proteção Ambiental Norteamericana (*United States Environmental Protection Agency* – EPA) abaixo indicado, a *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* de 1980 (CERCLA), conhecida como *Superfund*, foi aprovada para tratar os locais de resíduos perigosos abandonados

5 Conclusões

O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), de acordo com a legislação em vigor, deveria servir como instrumento para a efetiva e adequada tutela de direitos difusos e coletivos, concretizando o direito constitucional de acesso à justiça no seu plano substancial.

O aludido fundo federal tem por escopo constitucional e legal permitir que o processo coletivo importe em garantia de tutela efetiva do direito material violado, mediante a reparação integral do dano no âmbito da responsabilidade civil. Para tanto, deveria o FDD destinar os recursos recebidos em virtude de condenações em dinheiro em ações coletivas para a reconstituição dos específicos bens lesados que ensejaram a condenação.

Contudo, não é o que se verifica na prática, na medida em que a quase totalidade dos recursos (mais de 99%) recebidos pelo FDD tem sido contingenciada pelo Governo Federal para assegurar metas de *superavit* primário, não mais retornando ao fundo.

Reputamos esse contingenciamento como violador da Constituição Federal e da legislação que instituiu e regula o FDD, bem como das normas processuais que asseguram a efetividade da tutela jurisdicional, pois está impedindo que se concretize a reparação de danos estabelecidos em sentença judicial, em afronta ao direito constitucional de acesso à justiça e ao próprio direito difuso ou coletivo lesado, no mais das vezes de estatura constitucional, que termina não sendo integralmente reparado.

Os legitimados para ajuizar ações coletivas devem levar a situação atual do FDD em consideração quando forem deduzir seus pedidos em juízo. Diversas são as situações que podem surgir e, para todas, é possível formular pedidos mais adequados e efetivos à tutela do direito material do que o pedido de condenação em dinheiro ao FDD.

nos Estados Unidos. A lei foi subseqüentemente alterada pela *Superfund Amendments and Reauthorization Act* de 1986 (SARA). Disponível em: <<https://www.epa.gov/regulatory-information-topic/regulatory-information-topic-land-and-cleanup#superfund>>. Acesso em: 7 maio 2017.

Em caso de dano irreparável *in natura* (impossibilidade de reparação do dano específico objeto do processo), antes de partir para o pedido de indenização pecuniária, é aconselhável requerer, em pedido subsidiário, como medida compensatória por equivalente, a condenação do réu em obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa destinadas a reparar dano correlato ou para implementar medidas de compensação conglobante.

Se as circunstâncias do caso não indicam como melhor medida a condenação do réu em obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa, outra alternativa ao FDD é o pedido para que a condenação em dinheiro reverta para uma conta vinculada ao processo e destinada à reconstituição dos bens lesados.

Em não sendo possível a adoção das medidas anteriores, e sendo inevitável a condenação ao FDD, deve ser requerido ao juízo que conste da sentença a determinação para que os recursos revertam para a reconstituição dos bens lesados específicos objeto do processo ou correlatos (em sendo irreparável o dano específico) ou ainda para adoção de medidas de compensação conglobante relacionadas ao dano.

Pelas mesmas razões, essas observações, com as devidas adaptações (necessidade de criação de conta vinculada à instituição legitimada etc.), se aplicam no tocante à elaboração das obrigações a serem fixadas em termo de compromisso de ajustamento de conduta ante sua natureza de título executivo extrajudicial.

Tais providências, plenamente justificadas na Constituição Federal e na legislação de regência, resolvem o problema no âmbito da responsabilidade civil, mas não afastam a necessidade da adoção de medidas judiciais e extrajudiciais para fazer cessar o desvirtuamento pelo qual vem passando o FDD, pois este tem por finalidade, igualmente, a recuperação de bens difusos e coletivos lesados, ainda que não vinculados a uma ação judicial ou inquérito civil, quando o autor é desconhecido, já não mais existe ou não possua condições financeiras para efetivar a reparação. Para essa última hipótese, é que devem ser destinados, precipuamente, os recursos

oriundos de multas administrativas, que representam mais de 70% dos aportes do FDD.

O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos atualmente exerce mera função simbólica e os legitimados para as ações coletivas devem estar preparados para postular medidas judiciais e adotar providências extrajudiciais adequadas e efetivas para a tutela dos direitos difusos e coletivos, estando para tanto amparados na Constituição e na legislação em comento.

Referências

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. *Edital de Chamamento Público CFDD n. 01/2015*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/anexos/edital-de-chamamento-publico-2015-final-13-05-2015.pdf>>. Acesso em: 1º set. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. *Relatório de Gestão do Exercício de 2015*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/Arrecadacao>>. Acesso em: 12 maio 2017.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. *Edital de Chamamento Público CFDD n. 01/2017*. Brasília, 2017a. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/anexos/selecao-de-projetos-2017-2018>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. *Relatório de Gestão do Exercício de 2016*. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/Arrecadacao>>. Acesso em: 1º set. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PINHO, Hortênsia Gomes. *Prevenção e reparação de danos ambientais: as medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária*. Rio de Janeiro: Gz, 2010.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENZON, Fábio Nesi. *Fundo de defesa de direitos difusos: uma abordagem à luz do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. 2017, 78 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Ambiental) –Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.