

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

OSVALDO DE OLIVEIRA COELHO

***FUNDOS DE REPARAÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS E SUA
EFETIVIDADE***

MESTRADO EM DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

SÃO PAULO

2011

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

OSVALDO DE OLIVEIRA COELHO

***FUNDOS DE REPARAÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS E SUA
EFETIVIDADE***

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direitos Difusos e Coletivos, sob a orientação da Professora Doutora Regina Vera Villas Bôas.

SÃO PAULO

2011

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela família que me concedeu e, principalmente, a meus pais (Flamínio e Darcy) pela confiança e por sempre acreditarem em minha capacidade.

A minha mulher Jéssica e meu filho Luiz Gustavo, que são a razão do meu viver, pela paciência e compreensão.

A Professora Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery pela oportunidade e pelo incentivo para cursar este mestrado.

Aos professores Claudio de Cicco, Álvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos e Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, bem como a todos os colegas de classe da PUC/SP, com quem tive a honra de poder compartilhar conhecimentos e, acima de tudo, aprender.

A minha querida professora e orientadora Regina Vera Villas Bôas, pelos debates em sala de aula, pela amizade e incentivo, bem como pelo exemplo de dedicação à carreira acadêmica.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABEMA – Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente

ANA – Agência Nacional de Águas

ANAMMA – Associação Nacional de Órgãos Municipais de Meio Ambiente

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CAEx – Centro de Apoio Operacional à Execução

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CERCLA – Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980

CETESB – Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental

CF – Constituição Federal

CFDD – Conselho Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos

CFEM – Compensação Financeira para Exploração Mineral

CFID – Conselho Gestor do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos

CMDCA – Conselho Municipal de Defesa da Criança e Adolescente

CNDC – Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor

CNDI – Conselho Nacional dos Direitos do Idoso

CNEA – Cadastro Nacional das Entidades Ambientalistas

CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente

COSIPA – Companhia Siderúrgica Paulista

CPC – Código de Processo Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

EMBRATUR – Instituto Brasileiro de Turismo

FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador

FCAD – Fundo de Compensação Ambiental e Desenvolvimento

FDD – Fundo de Defesa dos Direitos Difusos

FECOP – Fundo Estadual de Controle e Prevenção da Poluição

FEHIDRO – Fundo Estadual de Recursos Hídricos

FEMA – Fundo Especial do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável

FEPEMA – Fundo Especial de Proteção ao Meio Ambiente
FID – Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos
FMDD – Fundo Municipal de Defesa dos Direitos Difusos
FNCA – Fundo Nacional de Defesa da Criança e do Adolescente
FNDF – Fundo Nacional de Desenvolvimento (ver)
FNMA – Fundo Nacional do Meio Ambiente
FNMC – Fundo Nacional sobre Mudança do Clima
FRBL – Fundo para a Reconstituição de Bens Lesados
FUNBIO – Fundo Brasileiro para a Biodiversidade
IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
ICMBio – Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
IMA/AL – Instituto do Meio Ambiente de Alagoas
IPEM – Instituto de Pesos e Medidas
IPT – Instituto de Pesquisas Tecnológicas
ITR – Imposto Territorial Rural
LACP – Lei da Ação Civil Pública
LAP – Lei da Ação Popular
LIA – Lei de Improbidade Administrativa
LOA – Lei Orçamentária Anual
MMA – Ministério do Meio Ambiente
PEMC – Política Estadual de Mudanças Climáticas
PNMC – Política Nacional sobre Mudança do Clima
RT – Revista dos Tribunais
SARA – Superfund Amendments and Reauthorization Act of 1986
SEA/RJ – Secretaria de Estado do Meio Ambiente do Rio de Janeiro
SINCOV – Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse
SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TCU – Tribunal de Contas da União
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
TRT – Tribunal Regional do Trabalho

RESUMO

COELHO, Osvaldo de Oliveira. **Fundos de Reparação dos Interesses Difusos e Coletivos e sua efetividade.**

Em diversas ações civis públicas para a defesa de interesses metaindividuais tem sido comum a fixação de multa-diária para o caso de descumprimento de decisões judiciais, bem como de acordo judicial ou extrajudicial, estes últimos firmados em termos de ajustamento de conduta. Também nos casos em que a recomposição ao estado anterior dos danos a bens difusos e coletivos mostra-se inviável, há condenação em indenização em pecúnia. Nestes casos, em regra, os valores apurados deverão reverter a um fundo de reparação de interesses difusos e coletivos (nacional e estadual), conforme artigo 13, “caput”, da Lei nº. 7.347/85.

Evidentemente que tais fundos têm por finalidade não só a reparação dos danos causados ao meio ambiente, mas também ao consumidor, ao contribuinte, às pessoas com deficiência, ao idoso, à saúde pública, à habitação e urbanismo, à cidadania, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos, conforme artigo 1º., §1º., da Lei nº. 9.008/95, que regulamenta o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, e artigo 2º. da Lei Estadual nº. 13.555/09, que regulamenta o Fundo de Defesa dos Interesses Difusos no Estado de São Paulo.

Há que se mencionar, ainda, que tais fundos, existentes nas esferas federal e estadual, foram criados pela norma do artigo 13 da Lei nº. 7.347/85, sendo regulamentados por leis posteriores.

Também é de se frisar que os recursos arrecadados por tais fundos terão a finalidade precípua de reparação de bens e interesses difusos e coletivos, realização de eventos educativos e científicos, bem como a edição de material informativo relacionado com a natureza da infração ou com o dano causado, podendo ainda ser utilizados para a aquisição de bens para a modernização administrativa de órgãos públicos.

Nosso objetivo na escolha do tema é analisar, com profundidade a constituição de tais fundos de reparação, buscando um paradigma nos institutos norte-americanos, posto que serviram de inspiração ao legislador pátrio. Também é nosso objetivo analisar de que forma tais recursos estão sendo empregados e os efetivos resultados de sua utilização.

Esta análise crítica deverá ser realizada em nosso estudo, com um enfoque prático sobre as questões colocadas. Com isso, pretendemos, se não esgotar a matéria, pelo menos trazer uma reflexão sobre o tema e uma humilde contribuição para o aprimoramento de uma das formas de reparação de interesses metaindividuais.

PALAVRAS-CHAVE: Fundos de reparação – Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD) – Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID) – danos a bens e interesses metaindividuais – reparação a bens e interesses difusos e coletivos – formas de reparação

ABSTRACT

COELHO, Osvaldo de Oliveira. **Funds for Repair of Diffuse and Collective Interests its effectiveness.**

In various public actions in defense of individual interests has been common goal setting daily fine in case of noncompliance with court decisions, as well as judicial or extrajudicial agreement they signed last adjustment in terms of conduct. Also in cases where the recovery to the previous state of diffuse damages to property and collective proves unfeasible, there is condemnation in damages in money payments. In these cases, in overall, the calculated values should revert to a fund for the repair of diffuse and collective interests (national and state), according to article 13, “caput”, of Law n. 7.347/85.

Of course, these funds is intended not only to repair the damages caused to the environment, but also to consumers, taxpayers, the disabled, the elderly, public health, housing and town planning, citizenship, assets and rights of artistic, aesthetic, historical, tourist, natural, per violation to the economic and other diffuse and collective interests, according to article 1º., §1º., of Law n. 9.008/95, which regulates the Defense Fund of Diffuse Interests in the São Paulo State.

We must also mention that such funds exist at the federal and state areas, were created by the article 13 of Law n. 7.347/85, after being regulated by others laws.

It is also to stress that the collected resources by such funds will be primarily for the purpose of repairing diffuse and collective interests, scientific and education events, and editing informational material related to the nature of the breach or damage caused, and may also be used to improve the administrative public departaments.

Our goal is the choice of subject to analyse in depth the creation of such funds for repair, looking for a paradigm in American institutions, from where the legislation has inspired. It is, also, our goal to examine how resources are being used and the actual results of its use.

This review should be performed in our study, with a focus on practical questions. With this aim, if not exhaust the matter, at least to reflect about the subject and a humble contribution to the improvement of the forms of a repair individual goals interests.

KEYWORDS: Repair Funds – Fund for the Defense of Diffuse Rights (FDD) – State Fund for Protection of Diffuse Interests (FID) – damage to property interests and individual goals – repairs to goods and diffuse and collective interests – forms of compensation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1. CONCEITOS.....	17
1.1 – Notas introdutórias.....	17
1.2 – Conceitos.....	20
1.2.1 – Meio Ambiente.....	20
1.2.2 – Bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.....	25
1.2.3 – Consumidor.....	28
1.2.4 – Infração à ordem econômica.....	29
1.2.5 - Outros interesses difusos e coletivos.....	32
1.2.6 – Reparação dos danos.....	36
1.2.7 – A responsabilidade do causador de danos a interesses metaindividuals.....	47
1.2.7.1 – Responsabilidade civil em relação a danos metaindividuals.....	47
1.2.7.2 – Responsabilidade administrativa.....	51
1.2.7.3 – Responsabilidade penal	53
1.2.8 – A multa diária ou “astreintes”	57
1.3 – Princípios constitucionais correlatos à gestão e aplicação de recursos dos fundos...	62
2. DOS FUNDOS.....	78
2.1 – Conceito de fundo.....	78
2.2 – Fundamentos constitucionais dos fundos voltados à proteção e reparação de interesses metaindividuals.....	82
2.3 – Fundamentos legais para a existência dos fundos destinados à reparação dos bens metaindividuals lesados.....	87

2.4 – Principais fundos voltados à proteção de interesses metaindividuais.....	88
2.4.1 – Fundo Nacional do Meio Ambiente.....	89
2.4.2 – Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente.....	92
2.4.3 – Fundo Nacional para o Idoso.....	98
2.4.4 – Fundo Nacional sobre Mudança do Clima.....	101
2.4.5 – Fundo de Defesa do Consumidor.....	105
2.4.6 – Fundo Brasileiro para a Biodiversidade (FUNBIO).....	109
3. DOS FUNDOS DE REPARAÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS.....	112
3.1 – Notas introdutórias.....	112
3.2 – Origem histórica.....	120
3.3 – Natureza jurídica.....	124
3.4 – Nomenclatura.....	127
3.5 – Fundos federal e estaduais.....	130
3.5.1 – Atribuição dos fundos federal e estaduais para receber o valor das condenações pecuniárias.....	130
3.5.2 – Fundos Municipais.....	135
3.6 – Evolução legislativa.....	140
3.7 – Fundos de reparação e sua correlação com o contrato de seguro e os fundos de compensação.....	144
3.8 – A “fluid recovery” do direito brasileiro (artigo 100 do CDC).....	152
3.9 – Destinação das indenizações e multas resultantes da procedência da ação popular	157
4 – DA ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E GESTÃO PERTINENTES AOS FUNDOS DE REPARAÇÃO.....	159
4.1 – Do Conselho Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (CFDD).....	159

4.2 – Do Conselho Gestor do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (CFID).....	165
4.3 – Das receitas do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD).....	175
4.4 – Das receitas do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID).....	184
4.5 – Do destino dos recursos.....	190
4.5.1 – Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD).....	192
4.5.2 – Fundo de Defesa dos Interesses Difusos (FID).....	203
4.5.3 – Da utilização de recursos do FDD e do FID para modernização administrativa de órgãos públicos.....	209
4.5.4 – Do uso das verbas do FDD e do FID para o custeio de perícias.....	211
4.5.5 – Os fundos de reparação e os interesses individuais.....	215
5 – PROPOSTAS PARA O APRIMORAMENTO DOS FUNDOS DE REPARAÇÃO COM VISTAS À SUA EFETIVIDADE.....	227
CONCLUSÃO.....	238
BIBLIOGRAFIA.....	243

INTRODUÇÃO

O que nos despertou a atenção para o tema é a crítica acirrada por parte da doutrina em relação a pouca efetividade dos fundos de reparação previstos no artigo 13 da Lei nº. 7.347/1985. Embora sejam muito criticados quanto a sua forma de atuação, tais fundos têm sido muito pouco estudados. Isso fez com que voltássemos nossa atenção para tais fundos de reparação, a fim de realizar um estudo pormenorizado em relação à forma de atuação deles. Além disso, focamos nosso estudo para uma análise criteriosa no que tange à utilização dos recursos dos fundos de reparação e as possíveis causas apontadas para sua falta de efetividade.

Para tanto, dividimos nosso trabalho em cinco capítulos. Iniciamos nosso estudo lembrando, ainda que de forma perfunctoria, os conceitos pertinentes à matéria, para melhor situar a discussão e para melhor compreensão do tema. Após, analisamos os princípios constitucionais explícitos e implícitos pertinentes, aplicáveis aos fundos de reparação, de acordo com a sua natureza jurídica e as suas finalidades. Tais princípios são de extrema relevância para a busca de critérios para uma maior efetividade, no que tange à sua gestão e aplicação de seus recursos.

Em seguida, passamos à análise dos fundos. Partimos de seu conceito, de maneira genérica. Após, mencionamos os fundamentos para a existência dos fundos destinados à preservação e à reparação dos bens metaindividuais lesados, focando o tema de nosso trabalho. Pareceu-nos relevante, uma visão, ainda que periférica, do funcionamento dos principais fundos para a preservação dos bens metaindividuais, por terem finalidade similar ao dos fundos de reparação do artigo 13 da LACP. Esta análise mostrou-se pertinente para uma diferenciação de tais fundos.

Feita a delimitação do tema, com a diferenciação entre fundos de reparação e fundos de preservação, com a ressalva de que assim se procedeu apenas para fins didáticos, adentramos no terceiro capítulo, referente ao tema propriamente dito de nosso trabalho: a análise dos fundos de reparação dos interesses difusos e coletivos. Neste aspecto, fizemos menção aos institutos norte-americanos que deram origem aos nossos fundos de reparação, quais sejam: a “fluid recovery” e o “Superfund”. Tais institutos norte-americanos foram a fonte de inspiração do legislador pátrio. Também pareceu-nos relevante uma análise histórica dos fundos de reparação,

para entendermos a forma pela qual foram concebidos originalmente e sua evolução, principalmente nos Estados Unidos da América.

Em seguida analisamos a natureza jurídica dos fundos de reparação, como órgãos administrativos de natureza pública, bem como a sua correta nomenclatura, tema que tem sido pouco explorado pela doutrina. Passamos a ver as atribuições dos fundos de reparação federal e estaduais, mormente quanto ao recebimento dos valores que lhes são destinados por lei. Neste aspecto, mostrou-se relevante a análise do cabimento e da necessidade de constituição de fundos municipais, mormente os fundos de reparação, fato que tem sido proposto como uma possível solução para se dar efetividade aos fundos previstos no artigo 13 da LACP. Posta a questão, com os debates que nos revelou pertinentes, delimitamos o tema em relação à análise do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD) e do Fundo de Defesa dos Interesses Difusos do Estado de São Paulo (FID). Isso porque entendemos ser imprescindível a análise do citado fundo nacional. Além disso, o FID paulista é o fundo estadual mais relevante, além de ser apontado como o mais ineficaz dos fundos de reparação. Desta forma, adentramos na evolução legislativa referente aos fundos de reparação federal (FDD) e ao fundo de reparação paulista (FID). Pareceu-nos relevante também fazermos uma interface entre os fundos de reparação e o contrato de seguro, posto que este último tem por fim o resarcimento do dano em pecúnia, o que pode vir a gerar receitas para os citados fundos. Ainda para a correta delimitação do tema, principalmente no que tange aos interesses individuais homogêneos, analisamos a norma do artigo 100 do CDC, a chamada “fluid recovery” do direito brasileiro. Terminamos o tópico delimitando quais são as condenações em pecúnia em ação popular que revertem em receita aos fundos de reparação.

Então, no quarto capítulo, passamos a analisar a constituição, o funcionamento e a gestão do FDD e do FID. Fizemos uma pesquisa analítica e crítica no que tange aos conselhos gestores dos citados fundos. Procedemos de igual forma no que tange às receitas do FDD e do FID, no que se refere à previsão legal e aos percentuais que efetivamente geraram receita. Passamos, então, a verificar o efetivo destino dos recursos obtidos por tais fundos de reparação, quanto à gestão e à efetividade. Neste aspecto, não nos furtamos de mencionar alguns entraves legais e doutrinários para a efetividade da aplicação dos valores dos fundos de reparação: a utilização de seus recursos para modernização administrativa de órgãos estatais e para o custeio de perícias. Terminamos este tópico fazendo uma menção à problemática envolvendo os fundos de reparação e a indenização para reparação de lesão a bens individuais.

Colocada e discutida a questão, com as observações que entendemos pertinentes, no último capítulo passamos a apontar as possíveis soluções para se dar maior efetividade aos fundos de reparação, ressaltando que além de tudo, é preciso uma mudança de mentalidade de nossos operadores do Direito.

Com isso, pretendemos contribuir, ainda que sucintamente, para uma melhor análise e discussão sobre o tema, apontando as falhas e as possíveis soluções, com vistas à melhor efetividade dos fundos de reparação.

1. CONCEITOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES

1.1 – Notas introdutórias

Em virtude da prática de um dano metaindividual há a possibilidade de se buscar a sua reparação. A maneira encontrada pelo legislador de melhor amparar tais interesses transindividuais foi por meio da tutela coletiva. De fato, o enfoque individualista previsto no Código Civil de 1916 e no Código de Processo Civil de 1973 não era suficiente para tutelar adequadamente essa nova demanda coletiva. Nem mesmo mecanismos previstos em leis esparsas como o mandado de segurança e a ação popular mostraram-se eficazes para a tutela dos direitos transindividuais. Assim, para atender a essa nova demanda múltipla, envolvendo interesses difusos e coletivos, foi criada a Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, denominada de Lei da Ação Civil Pública. Há que se notar que o conceito de interesses individuais homogêneos foi introduzido em nosso ordenamento jurídico posteriormente, por meio do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990, artigo 81, inciso III).

Assim, após a introdução da Lei da Ação Civil Pública em nosso sistema jurídico, além do CDC, houve diversas leis esparsas que ampliaram as hipóteses de ações civis públicas para tutelar direitos metaindividuais, como, por exemplo, a Lei nº. 7.853/89 (proteção de pessoas portadoras de deficiência), Lei nº. 7.913/89 (proteção dos investidores no mercado de valores mobiliários), Lei nº. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei nº. 8.884/95 (proteção das pessoas atingidas por danos à ordem econômica) e Lei nº. 10.257/01 (proteção dos danos urbanísticos)¹.

Desta forma, diz o artigo 1º. da Lei nº. 7.347/1985 que:

“Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...)”

Logo, em virtude da ameaça ou da prática de um dano a interesses metaindividuais surge, para os legitimados descritos no artigo 5º. da LACP, a possibilidade de ingressarem com a ação civil pública em face do causador da ameaça ou do dano, a fim de que seja responsabilizado.

¹ Para melhor análise do tema, consultar a obra de Hugo Nigro MAZZILLI, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 15ª. ed., Ed. Saraiva, 2002, capítulo 5.

Preferencialmente, a ameaça e o dano deverão ser tutelados de forma preventiva, por meio de ações cautelares (artigo 4º. da Lei nº. 7.347/85) e por meio da antecipação dos efeitos da tutela prevista atualmente no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Além disso, diz também o artigo 3º. da referida lei:

“Art. 3º. A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.”

A primeira lição que se extrai da citada norma é a possibilidade de cumulação de pedido de condenação pecuniária com o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, desde que sejam compatíveis. Neste sentido, afirma Hugo Nigro Mazzilli:

“A lição correta a tirar desse dispositivo legal é a de que, pelo mesmo dano, não se há de condenar o réu à sua integral reparação e também à sua indenização pecuniária; nada impede, entretanto, que se condene o réu a pagar uma indenização pelos danos até então já causados, e, ao mesmo tempo, a cumprir uma obrigação de fazer, como pôr um filtro numa chaminé de fábrica, para prevenir danos futuros.” (MAZZILLI, 2002, p. 112-3).

Em seguida, o mesmo autor menciona que pelo mesmo dano o réu pode vir a ser condenado à sua integral reparação, além de também ser condenado à indenização pecuniária pelos danos morais coletivos sofridos. O que não pode ocorrer é um ‘bis in idem’: *“Enfim, o que não pode, apenas, é ser o réu condenado a restaurar o meio ambiente lesado e, também, a pagar na íntegra o custo do projeto de sua recuperação, o que já estaria incluído na primeira sanção.”* (obra citada, p. 113).

Ademais, alguns autores viram no texto do citado artigo 3º. da Lei da Ação Civil Pública uma limitação à utilização de tal instrumento processual somente para as ações cautelares, condenatórias (reparação em pecúnia e obrigação de fazer e de não fazer) e ações executivas. Assim, as ações declaratórias, constitutivas, mandamentais, etc. seriam instrumentos processuais não disponíveis em sede de ação civil pública. Ora, em que pese tal fundamento, não nos parece correta essa visão, posto que há possibilidade de utilização de toda e qualquer espécie de ação para a tutela de interesses transindividuais. A limitação da defesa do direito material, quando a medida judicial pleiteada mostra-se adequada e útil, é absolutamente contrária à norma constitucional insculpida no artigo 5º., inciso XXXV. Além disso, também não se pode interpretar o artigo 4º. da Lei nº. 7.347/85 de forma isolada, posto que deve ser cotejado com a

norma do artigo 21 da mesma lei, bem como com os artigos 83 do CDC. Desta forma, conclui Hugo Nigro Mazzilli:

"Combinados os arts. 83 e 110 do CDC com o art. 21 da LACP, permite-se agora aos co-legitimados à ação civil pública ou coletiva defendam ‘qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo’, o que lhes permitirá ajuizar ações com qualquer rito, objeto ou pedido.”(MAZZILLI, 2002, p. 197 _ grifo nosso).

Portanto, nas ações civis públicas em que haja uma condenação a indenização pecuniária, ou nas demais espécies de ações em que foi fixada multa diária para o cumprimento da decisão liminar ou da sentença, bem como no caso de fixação de multa diária em termo de ajustamento de conduta, os valores arrecadados deverão ter um destino.

O nosso legislador optou por encaminhar tais valores pecuniários a um fundo, que pode ser gerido por um conselho federal ou por um conselho estadual, conforme o caso, a fim de que fossem empregados na reconstituição dos bens lesados, conforme artigo 13 da Lei nº. 7.347/1985. Eis o objeto de nosso estudo.

Contudo, inicialmente, parece-nos que há a necessidade de se esclarecer alguns conceitos para melhor compreensão do tema a que nos propomos dissecar.

Conforme visto, os fundos de defesa dos interesses difusos têm por finalidade não só a reparação dos danos causados ao meio ambiente, mas também ao consumidor, ao contribuinte, às pessoas com deficiência, ao idoso, à saúde pública, à habitação e urbanismo, à cidadania, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos, conforme artigo 1º., §1º., da Lei nº. 9.008/95, cujo texto análogo consta no artigo 2º. da Lei Estadual nº. 13.555/09. Portanto, há necessidade de se esclarecer o conceito de tais bens jurídicos tutelados pelos fundos de reparação.

De pronto, até mesmo por questões óbvias, tendo em vista o teor do artigo 13 da Lei nº. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), é possível afirmar que somente as eventuais condenações em dinheiro decorrentes de interesses metaindividual, tutelados por qualquer espécie de ação coletiva, são destinadas aos fundos de defesa dos direitos difusos. Logo, não são revertidas aos fundos de defesa dos direitos difusos as condenações civis em dinheiro decorrentes de direito exclusivamente individual. Tal tema será exaustivamente debatido posteriormente,

mas, de início, não podemos nos furtar de mencionar que apenas as condenações em dinheiro decorrentes de interesses transindividuais são destinadas aos citados fundos.

Voltando à questão dos bens jurídicos tutelados pelos fundos de defesa dos interesses difusos, a norma do citado artigo 1º., §1º., da Lei nº. 9.008/95, afirma que:

“§ 1º O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, 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.” (grifo nosso).

A citada norma deve ser comparada com aquela prevista no artigo 1º. da Lei da Ação Civil Pública. Assim, vejamos detalhadamente cada um dos conceitos acima referidos.

1.2 – Conceitos

1.2.1 – Meio Ambiente

A própria expressão meio ambiente tem sido apontada por diversos autores como sendo pleonástica. Neste sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo adverte:

*“Primeiramente, verificando a própria terminologia empregada, extraímos que **meio ambiente** relaciona-se a tudo aquilo que nos circunda. Costuma-se criticar tal termo, porque pleonástico, redundante, em razão de **ambiente** já trazer em seu conteúdo a ideia de ‘âmbito que circunda’, sendo desnecessária a complementação pela palavra **meio**. ”* (FIORILLO, 2010, p. 69).

Contrariando tal assertiva, Edis Milaré afirma:

*“Tanto a palavra **meio** como o vocábulo **ambiente** passam por conotações diferentes, quer na linguagem científica, quer na vulgar. Nenhum destes termos é unívoco (detentor de um significado único), mas ambos são equívocos (mesma palavra com significados diferentes). **Meio** pode significar: aritmeticamente, a metade de um inteiro; um dado contexto físico e social; um recurso ou insumo para alcançar ou produzir algo. Já **ambiente** pode representar um espaço geográfico ou social, físico ou psicológico, natural ou artificial.*

*Não chega, pois, a ser redundante a expressão **meio ambiente**, embora no sentido vulgar a palavra **ambiente** indique o lugar, o sítio, o recinto, o espaço que envolve os seres vivos e as coisas. De qualquer forma, trata-se de expressão consagrada na língua portuguesa, pacificamente usada pela doutrina, pela lei e pela jurisprudência de nosso País, que amiúde falam em **meio ambiente**, em vez de **ambiente** apenas.*” (MILARÉ, 2009, p. 112-3).

Parece-nos, de fato que tal discussão é apenas acessória e de pouca valia, posto que entre nós já está mais do que consagrada a expressão **meio ambiente**. Aliás, em espanhol também é utilizada a expressão “medio ambiente”.

A definição de meio ambiente consta no artigo 3º., inciso I, da Lei nº. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente):

“Art. 3º. Para fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;”

Portanto, entre nós, a definição de meio ambiente é legal.

Em torno do conceito legal acima apontado criou-se uma divergência em relação a tal conceito ter um caráter mais restritivo, abrangendo apenas o meio ambiente natural, ou ter um caráter mais amplo, abrangendo a tutela do meio ambiente artificial, cultural e do trabalho.

Vamos no socorrer das definições de Celso Antonio Pacheco Fiorillo para melhor esclarecer a questão. Segundo o citado autor:

“O meio ambiente natural ou físico é constituído pela atmosfera, pelos elementos da biosfera, pelas águas (inclusive pelo mar territorial), pelo solo, pelo subsolo (inclusive recursos minerais), pela fauna e flora. Concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e meio em que vivem.” (FIORILLO, 2010, p. 71).

“O meio ambiente artificial é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto).” (obra citada, p. 72).

“Ressalta o i. Prof. José Afonso da Silva que o meio ambiente cultural ‘é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial’.

O bem que compõe o chamado patrimônio cultural traduz a história de um povo, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania, que constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil.” (idem, p. 73).

Continua o mesmo autor:

“Constitui meio ambiente do trabalho o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.).” (obra referida, p. 73).

Assim, adotando-se um conceito restritivo, a definição legal de meio ambiente abrangeeria apenas o meio ambiente natural. Neste caso, as outras formas de meio ambiente antropocêntricas (artificial, cultural e do trabalho), embora não façam parte do conceito legal do artigo 3º., inciso I, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, estariam tutelados pela Constituição Federal (artigos 225, 182, 216, 200, inciso VIII, 7º., inciso XXIII, 5º., inciso XXIII, etc.) e legislações ordinárias específicas, tais como o Estatuto da Cidade, Consolidação das Leis do Trabalho, etc.

Neste sentido, entre outros, posicionam-se os autores Luciana Stocco Betiol e Marcelo Abelha Rodrigues. Este último afirma:

“No meio ambiente natural é ecocêntrica a sua tutela para atender a proteção de todas as formas de vida. O meio ambiente artificial é precipuamente antropocêntrico porque prioriza a sua preocupação com a qualidade de vida da população. Por tudo isso, pensamos que os recursos ambientais referem-se aos recursos naturais. Os bens culturais (representativos da valorização humana), por exemplo, embora indisponíveis e igualmente difusos, seriam tutelados por disciplina específica.” (RODRIGUES, 2005, p. 77).

Ao contrário, entre outros, estão Hugo Nigro Mazzilli, Edis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado. Para este último:

“A definição federal é ampla, pois vai atingir tudo aquilo que permite a vida, que a abriga e rege. No entendimento de Odum estão abrangidos as comunidades, os ecossistemas e a biosfera.” (MACHADO, 2009, p.55).

Também é percuciente a colocação de Edis Milaré:

“A concepção antropocentrista que fundamenta a lei deve-se, em última análise, ao fato de apenas os seres humanos se qualificarem como sujeitos de direitos e deveres. Na caracterização de um fato jurídico, os demais seres naturais, bióticos e abióticos, estão referidos ao homem. Assim, o mundo natural, como patrimônio da coletividade, é objeto da tutela da lei e do Poder Público, bem como da solicitude da sociedade.” (MILARÉ, 2009, p. 117).

Portanto, criou-se uma divergência em torno do conceito legal de meio ambiente, atribuindo-lhe uma concepção ecocêntrica (restritiva) e uma concepção antropocêntrica (ampliativa). Este é o pano de fundo de tal discussão. Adotando-se a concepção ecocêntrica, eventuais radicalismos poderiam levar ao entendimento de que o meio ambiente natural é titular de direitos e não objeto do direito; ademais, a recomposição ou recuperação do meio ambiente natural teria uma prioridade em relação às outras modalidades antropocêntricas. De outro lado, a concepção antropocêntrica radical, sob a alegação de desenvolvimento social e econômico, também poderia gerar desequilíbrio em desfavor do meio ambiente natural.

No entanto, posicionamo-nos de acordo com a teoria ampliativa, entendendo que o conceito legal de meio ambiente descrito na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, abrange as diversas espécies de meio ambiente (natural, artificial, cultural e do trabalho). Assim, não se deve adotar apenas uma concepção ecocêntrica ou antropocêntrica de plano, posto que somente o caso concreto permitirá a prevalência de uma destas teorias ou a conciliação entre elas.

Como adverte Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida:

“À medida em que o ambientalismo se afirma como fenômeno jurídico, social, econômico e político global, surgem as diferenciadas visões jurídico-ideológicas da proteção ambiental, que, a rigor, não são antagônicas, mas complementares entre si, e o magistrado, em face das lides ambientais, deve ter o discernimento suficiente para definir a visão que deve preponderar, de forma integrada, ou não, diante das peculiaridades do caso trazido à apreciação judicial.

Não se trata pura e simplesmente de se adotar, aprioristicamente, uma visão pró-biocentrismo ou antropocentrismo, pró-preservacionismo ou conservacionismo, pró-nacionalismo ou internacionalismo em relação aos temas ambientais. Exige-se do magistrado a prudência e a cautela necessárias para decidir, diante das especificidades de cada caso, e informado por critérios técnicos repassados pelas perícias e estudos ambientais, qual dessas visões deve ser prestigiada, ou se comportam análise de forma integrada.

E essas diversificadas visões devem ser adaptadas, ademais, à realidade brasileira, aos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil estampados nos arts. 1º. e 3º., da Constituição Federal, que têm como um de seus pilares básicos a dignidade da pessoa humana; que reconhece que somos um país em desenvolvimento, de estrutura federativa, com contrastes regionais, gritantes diferenças culturais e sociais, características que muitas vezes nos distanciam das potências mundiais e de seus interesses e posicionamentos em matéria de proteção ambiental.” (YOSHIDA, 2006, p. 131-2).

Por fim, há autores, entre eles José Rubens Morato Leite que dividem o meio ambiente em macrobem e microbem. Assim, afirma o citado autor:

“Com efeito, desta forma, visualiza-se o meio ambiente como um macrobem, que além de bem incorpóreo e imaterial se configura como bem de uso comum do povo. Isso significa que o proprietário, seja ele público ou particular, não poderá dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, devido à previsão constitucional, considerando-o macrobem de todos. Adita-se, no que se refere à atividade privada, que a qualidade do meio ambiente deve ser considerada, pois o constituinte diz que a atividade econômica deverá observar, entre outros, o princípio da proteção ambiental, conforme estatui o art. 170, inciso VI, da Constituição da República Federativa do Brasil.” (LEITE, 2003, p. 83).

E o mesmo autor acrescenta:

“Não se deve aceitar, desta forma, a qualificação do bem ambiental como patrimônio público, considerando ser o mesmo essencial à sadia qualidade de vida, e, portanto, um bem pertencente à coletividade. Nestes termos, conclui-se que o bem ambiental (macrobem) é um de interesse público, afeto à coletividade, entretanto, a título autônomo e como disciplina autônoma, conforme já mencionado.” (obra citada, p. 83-4).

Por fim, José Rubens Morato Leite menciona, ainda, que:

“Na concepção de microbem ambiental, isto é, dos elementos que o compõem (florestas, rios, propriedade de valor paisagístico etc.), o meio ambiente pode ter o regime de sua propriedade variado, ou seja, pública e privada, no que concerne à titularidade dominial. Na outra categoria, ao contrário, é um bem qualificado como de interesse público, seu desfrute é necessariamente comunitário e destina-se ao bem-estar individual.” (idem, p. 85).

Assim, nas palavras de Luciana Stocco Betiol:

*“Compreende-se por macrobem ambiental o complexo de bens que compõem a realidade ambiental (LEITE, 2003, p. 81-82), incluindo nesse conceito não apenas os bens naturais, mas os artificiais (*latu sensu*) e os culturais (LEITE, 2003, p. 96). O macrobem ambiental é bem inapropriável, indisponível e indivisível, sendo distinto dos bens corpóreos que o compõem.*

(...)

Ao lado do macrobem ambiental temos o microbem ambiental, conceito que comprehende os elementos ambientais individualmente considerados.” (BETIOL, 2010, p. 29-30).

Após mencionar o conceito de microbem de José Rubens Morato Leite, acrescenta ainda a referida autora que *“A princípio esses bens são apropriáveis, implicando responsabilidades ao proprietário, que deverá sempre atentar para a função socioambiental de sua propriedade. O regime de tutela destes bens será de direito privado, caso a titularidade do bem seja de um particular.”* (LEITE, 2010, p. 30).

A citada classificação é importante para demonstrar que a propriedade (pública ou privada) ambientalmente relevante não é um bem disponível, não tendo o proprietário o direito de usar e gozar da coisa de maneira abusiva e irresponsável. Como um microbem, a propriedade integra o todo (macrobem) devendo ser protegida para a preservação do todo. Eis o fundamento para se permitir a limitação do uso da propriedade, a fim de que ela possa atender a sua função social (artigo 5º., inciso XIII, da Constituição Federal). Contudo, a mais relevante função social da propriedade é a preservação do todo (meio ambiente).

1.2.2 – Bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico

Como visto, tais bens e direitos integram o patrimônio cultural, fazendo parte do chamado meio ambiente cultural. Tais bens, materiais e imateriais, integram a cultura de um povo. Como obra do ser humano, o meio ambiente cultural pode ser classificado como uma espécie de meio ambiente artificial.

O que diferencia o meio ambiente artificial do meio ambiente cultural é o valor especial atribuído pelo homem ao patrimônio cultural. Nos dizeres de Luciana Stocco Betiol, repetindo a lição de José Afonso da Silva referida no tópico anterior:

“Para tanto, entende-se por meio ambiente urbano’ (...) o espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto)’(SILVA, 2003, p. 21); por meio ambiente cultural o espaço ‘(...) integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural), pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou’(SILVA, 2003, p. 21)” – grifo nosso (BETIOL, 2010, p. 23).

Logo, no nosso sentir, todo bem cultural faz parte do meio ambiente artificial (gênero), mas nem todo o bem artificial é classificado como um bem integrante do patrimônio cultural (espécie), embora, inegavelmente tenha um cunho cultural (no sentido de que foi produzido pelo ser humano).

Assim, um prédio qualquer é classificado como um espaço urbano fechado, fazendo parte do meio ambiente artificial. Porém, se esse prédio tiver um valor agregado, considerado em virtude de sua importância para o homem (valor arquitetônico ou histórico, por exemplo), passará a integrar o meio ambiente cultural. É essa mais valia, esse “plus”, que diferencia o bem cultural de outros bens que integram o meio ambiente artificial. Ademais, o meio ambiente cultural pode ser incorpóreo (como determinada festa tradicional, costumes, folclore, etc.).

Feita esta diferenciação, há que se lembrar que o patrimônio cultural brasileiro está descrito no artigo 216 da Constituição Federal²:

² De acordo com Álvaro Luiz Valery Mirra:

“A doutrina autorizada tem apontado a amplitude do conceito de patrimônio cultural adotado pela Constituição de 1988, em conformidade com as modernas tendências nessa matéria, inclusive no confronto com as disposições da legislação anterior sobre o tema (Decreto-lei n. 25/37). São, assim, meritórios de proteção não apenas bens dotados de valor excepcional, eruditos, vinculados a fatos memoráveis da história do País, como previa o Decreto-lei n. 25/37, mas igualmente bens, manifestações e acontecimentos sociais e populares, mesmo restritos a comunidades determinadas, desde que portadores de referência à identidade, à ação e à memória desses grupos específicos. (MIRRA, 2004, p. 34).

Assim, conclui o mesmo autor:

“Portanto, a defesa do patrimônio cultural está relacionada não só com a preservação do ‘meio físico’ e de ‘bens materiais’, como os monumentos ou os conjuntos de edificações de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico,

“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I – as formas de expressão;*
- II – os modos de criar, fazer e viver;*
- III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;*
- IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;*
- V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.”³*

Parece-nos que o conceito legal é esclarecedor. No entanto, quando comparado com o texto do artigo 1º., §1º., da Lei nº. 9.008/95⁴, percebemos que este último texto infraconstitucional fez algumas omissões. Evidentemente, o texto constitucional é mais abrangente do que as expressões “bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico” utilizadas pela lei. No conceito legal não houve menção aos bens e direitos arqueológicos, paleontológicos, tecnológicos, científicos e ecológicos⁵. No nosso entender, há

como ainda com a preservação da ‘memória social e antropológica do homem’, ou, para ficarmos com a dicção do texto constitucional, da forma de expressão e dos modos de criar, fazer e viver dos grupos formadores da sociedade brasileira ou participantes do processo civilizatório nacional (como p. ex., os indígenas, os caícaras etc.), na condição de ‘bens imateriais’. Como tem sido apontado nos principais estudos sobre a matéria, tanto quanto os sistemas biológicos, os grupos humanos sempre foram e continuam sendo afetados pelo processo de desenvolvimento da sociedade moderna. E a perda de idiomas e de outras manifestações culturais é considerada tão irrecuperável quanto a extinção de espécies biológicas.” (idem, p. 36).

Basta lembrarmos do exemplo da Biblioteca de Alexandria que foi destruída, em parte por um incêndio, que teria sido provocado accidentalmente pelo Imperador Júlio César no século I a.C. e, depois por completo, de forma deliberada, por Teófilo no ano 391d.C (fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Biblioteca_de_Alexandria). Até hoje não se estima a proporção da perda de tal acervo para a humanidade.

³ José Afonso da Silva ressalta:

“Modernizam-se e ampliam-se, portanto, os meios de atuação do Poder Público na tutela do patrimônio cultural. Sai-se também do limite estreito da terminologia tradicional, para utilizarem-se técnicas mais adequadas, aos falar-se em patrimônio cultural, em vez de patrimônio histórico, artístico e paisagístico, pois há outros valores culturais que não se subsumem nessa terminologia antiga. Meios de repressão a danos e ameaças ao patrimônio cultural também são suscitados (art. 216, §4º).” (SILVA, 2008, p. 846).

Há que se mencionar que o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional nos é dado pelos artigos 1º. a 3º. do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. O conceito de monumentos arqueológicos e pré-históricos é feito pelo artigo 2º. da Lei nº. 3.924, de 26 de julho de 1961.

⁴ O mesmo pode ser dito em relação ao texto do artigo 2º. da Lei Estadual nº. 13.555/09.

⁵ Os bens ecológicos, no nosso sentir, já fazem parte do meio ambiente natural, embora nada impeça uma maior proteção por também serem considerados como patrimônio cultural. Assim é que o artigo 12 da Lei nº. 9.985/00

que se levar em conta que a descrição feita pela lei é apenas exemplificativa. Contudo, ainda que se entenda haver essa omissão, tal fato é apenas aparente, posto que bens arqueológicos, paleontológicos, tecnológicos e científicos estão incluídos na cláusula geral descrita no final do artigo 1º., §1º., da Lei nº.9.008/95 (“*outros interesses difusos e coletivos*”).

Aliás, tal cláusula geral também inclui a reparação dos danos decorrentes de todos os bens integrantes do meio ambiente artificial. O importante é que tais bens, pertencentes ao patrimônio cultural brasileiro, estão protegidos pelo nosso ordenamento jurídico e são passíveis de serem reparados por meio de recursos dos fundos previstos no artigo 13 da LACP.

1.2.3 – Consumidor

Como visto, os fundos de defesa dos interesses difusos têm por finalidade a reparação de danos ao consumidor.

O conceito de consumidor, assim como o de meio ambiente, é legal e está descrito no artigo 2º. da Lei nº. 8.078/1990:

“Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

De acordo com a lição de José Geraldo Brito Filomeno “*entendemos por ‘consumidor’ qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.*”(GRINOVER, 1998, p. 26).

O traço marcante da relação consumerista é a destinação final do produto ou do serviço. Logo, de acordo com José Geraldo Brito Filomeno, a aquisição de um produto ou serviço que não se constitui como “*insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa*” (obra citada, p. 27). Ou nos dizeres de Rizzato Nunes:

(SNUC) prevê que o “*Monumento Natural tem como objetivo básico preservar sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica.*” Inclusive há a possibilidade de o poder público desapropriar tais áreas (artigo 12, §2º., da referida lei).

“O CDC regula situações em que haja ‘destinatário final’ que adquire produto ou serviço para uso próprio sem finalidade de produção de outros produtos ou serviços.”(NUNES, 2009, p. 83).

Assim, pode ser considerado consumidor tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, desde que adquira um produto ou serviço de um fornecedor (artigo 3º. do CDC) para atender a uma necessidade privada (do consumidor) e não uma finalidade de produção.

A expressão coletividade de pessoas mencionada no artigo 2º., parágrafo único, do CDC, de acordo com Rizzato Nunes, *“permite o enquadramento de universalidade ou conjunto de pessoas, mesmo que não se constituam em pessoa jurídica. Por exemplo, a massa falida pode figurar na relação de consumo como consumidora ao adquirir produtos, ou, então, o condomínio, quando contrata serviços.”*

É essa regra que dá legitimidade para a propositura de ações coletivas para a defesa dos direitos coletivos e difusos, previstas no Título III da lei consumerista (arts. 81 a 107), e particularmente pela definição de direitos coletivos (inciso II do parágrafo único do art. 81) e direitos difusos (inciso III do parágrafo único do art. 81) e na apresentação das pessoas legitimadas para proporem as ações (art. 82). ”(NUNES, 2009, p. 84).

1.2.4 – Infração à ordem econômica

Os fundos de defesa dos interesses difusos também se destinam à reparação de infrações à ordem econômica.

A ordem econômica e financeira vem descrita no título VII da Constituição Federal (artigos 170 a 192). De acordo com Alexandre de Moraes:

“A ordem econômica constitucional (CF, arts. 170 a 181), fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos expressamente previstos em lei e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios previstos no art. 170.” (MORAES, 2002, p. 723).

O mesmo autor acrescenta:

“Apesar de o texto constitucional de 1988 ter consagrado uma economia descentralizada, de mercado, autorizou o Estado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com a finalidade de exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo ao setor privado, sempre com fiel observância aos princípios constitucionais da ordem econômica, pois, como ressaltado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a ordem econômica está ‘sujeita a uma ação do Estado de caráter normativo e regulador.’”(obra citada, p. 725).

Além dos princípios gerais disciplinados no capítulo I, artigos 170 a 181, no mesmo título, a Constituição Federal disciplina a política urbana (capítulo II – artigos 182 a 183), a política agrícola e fundiária e a reforma agrária (capítulo III – artigos 184 a 191) e o sistema financeiro nacional (capítulo IV – artigo 192).

No âmbito infraconstitucional a Lei nº. 8.884/1994, em seu artigo 1º., determina:

“Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.”

O artigo 3º. da Lei nº. 8.884/1994 transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia federal. Ao CADE cabe decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e a aplicação das penalidades previstas em lei (artigo 7º, inciso II, da citada lei). Tal órgão também deverá adotar as providências para que conduzam à cessação da infração à ordem econômica (artigo 7º., inciso V). É de se frisar que as infrações à ordem econômica são apuradas por meio de procedimento administrativo, conforme artigo 14, incisos III a VI, e 30 a 53 da Lei nº. 8.884/1994.

As infrações à ordem econômica estão descritas nos artigos 20 e 21 da Lei nº. 8.884/1994. Já as penalidades estão descritas nos artigos 23 a 27 da citada lei. São basicamente previstas as penas de multa (artigo 23), de publicação, proibição de contratar com o poder público, inscrição no CNDC (Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor) e recomendação a outros órgãos (artigo 24). Também foram estipuladas penas de multa diária para o caso de continuidade da infração à ordem econômica (artigo 25), para o caso de ausência injustificada de

informações ou entrega de documentos (artigo 26), bem como para o caso de criação de óbices, injustificados, à realização de inspeção (artigo 27). Por fim, há aplicação de multas no artigo 54, § 5º., da citada lei.

Já o artigo 84 da Lei nº. 8.884/1994 estabelece:

"Art. 84. O valor das multas previstas nesta lei será convertido em moeda corrente na data do efetivo pagamento e recolhido ao Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985."

Logo, os valores advindos de infrações à ordem econômica (artigos 20 e 21 da Lei nº. 8.884/1994) deverão ser revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (artigo 1º., §2º., inciso V, da Lei nº. 9.008/95). Por consequência, tais valores poderão ser utilizados pelo citado fundo para a reparação de lesões provocadas à ordem econômica.

O artigo 1º., §1º., da Lei nº. 9.008/95 apenas menciona a possibilidade de reparação de danos à ordem econômica. Nada mencionou em relação aos danos causados aos investidores no mercado e aos titulares de valores mobiliários, previsto na Lei nº. 7.913/1989. O mercado de valores mobiliários insere-se no sistema financeiro nacional (artigo 192 da Constituição Federal). Assim, a meta principal de tal mercado também é de promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir aos interesses da coletividade, conforme determinado pela norma constitucional retro citada.

Ao comentar sobre a atuação do Ministério Público, Hugo Nigro Mazzilli menciona:

"A Lei n. 7.913/89 dispôs que, sem prejuízo da ação de indenização de iniciativa do próprio lesado, o Ministério Público poderá propor ações com objeto coletivo, para evitar lesões ou obter resarcimentos de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores de mercado, especialmente (mas não exclusivamente) quando decorrerem de operação fraudulenta, prática não-equitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura, oferta ou preço de valores mobiliários; compra ou venda de valores mobiliários por parte dos administradores e acionistas controladores de companhia aberta, utilizando-se de informações desconhecidas do mercado; omissão de informação relevante ou sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa." (MAZZILLI, 2002, p. 488).

Logo, é possível a ocorrência de danos difusos e coletivos em relação aos titulares de valores mobiliários e investidores de mercado. Neste caso, o produto pecuniário decorrente das condenações deverá ser revertido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

Não é demais frisar que a Lei nº. 7.913/1989, em seu artigo 2º., §2º., c.c. o artigo 1º., §2º., inciso IV, da Lei nº. 9.008/95, determina que as condenações decorrentes de danos causados aos interesses individuais homogêneos dos titulares de valores mobiliários e dos investidores de mercado, após o prazo decadencial de dois anos para a habilitação do investidor prejudicado, deverão ser encaminhadas ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

Assim, a hipótese de danos aos titulares de valores mobiliários e aos investidores de mercado insere-se na cláusula geral descrita na parte final do artigo 1º., §1º., da Lei nº. 9.008/95. Portanto, na hipótese de ocorrência de qualquer interesse difuso ou coletivo advindo de danos aos titulares de valores mobiliários e aos investidores de mercado, será possível a reparação por meio dos valores sob a administração do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

1.2.5 - Outros interesses difusos e coletivos

Igualmente, é possível de reparação os danos decorrentes de outros interesses difusos e coletivos. Trata-se de uma cláusula geral, abarcando todas as hipóteses de interesses difusos e coletivos que não estejam expressamente descritos na lei. Assim, nesta cláusula inserem-se todos os interesses difusos e coletivos advindos da defesa da ordem urbanística, da defesa das pessoas idosas, da defesa das pessoas portadoras de deficiência, da defesa de crianças e adolescentes, etc.

Há que se frisar, que o artigo 2º. da Lei Estadual Paulista nº. 6.536/1989, não utilizava a referida cláusula geral. Esta falha foi sanada com o advento da Lei Estadual Paulista nº. 13.555/09, em seu artigo 2º. Aliás, este último artigo ainda menciona os danos decorrentes de interesses difusos e coletivos ao contribuinte, às pessoas portadoras de deficiência, ao idoso, à saúde pública, à habitação e urbanismo e à cidadania. Portanto, o rol constante nos artigos 1º., §1º., da Lei nº. 9008/95 e 2º. da Lei Estadual nº. 13.555/2009 é apenas exemplificativo.

Contudo, a citada norma da parte final do artigo 1º.,§1º., da Lei nº. 9.008/95 é clara ao mencionar apenas “*outros interesses difusos e coletivos*”⁶. Logo, em se tratando de direitos individuais, como já mencionado, não é possível a utilização de recursos dos fundos de reparação para a recuperação ou resarcimento de tais danos. Igualmente também está excluída a hipótese de utilização de recursos dos citados fundos previstos no artigo 13 da LACP para a recuperação e prevenção a danos a interesses individuais homogêneos.

Assim, parece-nos salutar a definição de tais interesses transindividuais.

Já de início, Hugo Nigro Mazzilli adverte:

“*Resta a análise da questão terminológica: qual expressão é a mais correta: interesses transindividuais ou interesses metaindividuais?*

Embora, em rigor de formação gramatical, seja preferível utilizarmos da primeira expressão, porque é neologismo formado com prefixo e radical latinos (diversamente da segunda, que, enquanto hibridismo, soma prefixo grego a radical latino), a verdade é que a doutrina e a jurisprudência têm usado indistintamente ambos os termos para referir-se a interesses de grupos, ou interesses coletivos, em sentido lato.” (MAZZILLI, 2002, p. 45).

Assim, os interesses metaindividuais têm seu conceito no artigo 81, parágrafo único, incisos I a III, da Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

“*I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;*

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, 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;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” (grifo nosso).

Como se vê, em relação aos interesses individuais homogêneos, o texto legal não tem a mesma precisão dos conceitos anteriores. No entanto, de acordo com Hugo Nigro Mazzilli:

“*Os interesses individuais homogêneos, para o CDC, são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos*

⁶ A Lei Estadual nº. 13.555/09 utiliza a expressão “*qualquer outro interesse difuso e coletivo no território do Estado.*”

divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato.” – grifo nosso (MAZZILLI, 2002, p. 48).

Continua o mesmo autor:

“Tanto os interesses individuais homogêneos como os difusos originam-se de circunstâncias de fato comuns; entretanto, são indetermináveis os titulares de interesses difusos, e o objeto de seu interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo.” (obra citada, p. 49).

Ainda acrescenta:

“Tanto interesses difusos como coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas, determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica.

Os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de contato: ambos reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis; contudo, só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem comum.” (idem, p. 48).

Em resumo, os interesses difusos têm titulares indetermináveis, são indivisíveis e têm origem em uma situação de fato; os interesses coletivos têm titulares determináveis, são indivisíveis e têm origem em uma relação jurídica; por fim, os interesses individuais homogêneos têm titulares determináveis, são divisíveis e têm origem em uma situação fática.

Assim, alerta Hugo Mazzilli:

“Segundo a lei vigente, se o produto da indenização se referir a danos indivisíveis, irá para o fundo do art. 13 da LACP, e será usado de maneira bastante flexível, em proveito da defesa do interesse lesado ou de interesses equivalentes àqueles cuja lesão gerou a condenação judicial. Naturalmente essa regra só vale para os interesses transindividuais indivisíveis, pois, se o proveito obtido em ação civil pública ou coletiva for divisível (no caso dos interesses individuais homogêneos), o dinheiro será destinado diretamente a ser repartido entre os próprios lesados.” (MAZZILLI, 2002, p. 395).

De fato procede a arguta observação acima referida. Os valores obtidos pelos fundos de reparação previstos na LACP têm por finalidade a reparação de danos indivisíveis. Por isso, os interesses individuais homogêneos foram excluídos, não podendo os valores arrecadados pelos fundos de defesa dos interesses difusos serem utilizados para a reparação de bens divisíveis.

Contudo, há hipóteses que uma mesma conduta pode acarretar ofensa a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, podendo a reparação de tais danos ser requerida em uma única ação. Ou nas palavras do percutente Hugo Nigro Mazzilli:

“Outra confusão recorrente precisa ser desfeita: o mesmo interesse não pode ser simultaneamente difuso, coletivo e individual homogêneo, pois se trata de espécies distintas. O que pode ocorrer é que uma única combinação de fatos, sob uma única relação jurídica, venha a provocar o surgimento de interesses transindividuais de mais de uma categoria, os quais podem até mesmo ser defendidos numa única ação civil pública ou coletiva. Assim, de um único evento fático e de uma única relação jurídica consequente, é possível advirem interesses múltiplos. Tomemos alguns exemplos: a) um aumento ilegal de prestações num consórcio envolve, ao mesmo tempo, uma lesão a interesses coletivos, no que diz respeito à própria ilegalidade do aumento, e uma lesão a interesses divisíveis, no que diz respeito à restituição de eventuais valores pagos a mais; b) de um acidente ecológico, como o de Chernobyl, podem resultar danos difusos ao meio ambiente como um todo, e, ao mesmo tempo, danos individuais homogêneos e divisíveis para os moradores da região; c) se uma série de produtos é fabricada com o mesmo defeito, os lesados têm interesse individual homogêneo em obter uma reparação divisível, mas a pretensão de proibir a venda do produto diz respeito a interesses difusos.” (MAZZILLI, 2002, p. 51-2).

Há que se indagar se na hipótese retro referida é possível a reparação de danos individuais homogêneos pelos fundos de defesa dos interesses difusos. A resposta, a nosso ver só pode ser negativa. Isso, porque o texto legal é de clareza solar ao apontar que somente podem ser recuperados pelos fundos de reparação os danos indivisíveis. Segundo porque, como bem mencionado por Hugo Nigro Mazzilli embora decorram de uma mesma conduta, os interesses não são simultaneamente difuso, coletivos e individuais homogêneos. Os interesses metaindividuais são diferentes, sendo que apenas coexistem, em virtude de uma origem comum (mesma conduta danosa), podendo ser pleiteados em uma única ação civil pública, por questão de economia processual. Neste caso, os valores decorrentes dos fundos de defesa dos direitos difusos

poderão ser utilizados apenas para a reparação dos interesses difusos e coletivos lesados e não para a reparação dos danos decorrentes de interesses individuais homogêneos. No caso dos interesses individuais homogêneos, por se tratarem de danos divisíveis, a reparação deverá ser pleiteada pelos próprios lesados em face do causador do dano. Assim, no exemplo do aumento ilegal dos valores de um consórcio, poderão ser utilizados recursos dos fundos de defesa dos direitos difusos para a reparação da própria ilegalidade da cláusula contratual (interesse coletivo) – realização de campanha educativa ou difusão em meio de comunicação de massa da nulidade de tal cláusula, por exemplo; porém os recursos dos citados fundos não poderão ser utilizados para o resarcimento daqueles que pagaram indevidamente tal diferença (interesse individual homogêneo); tal valor somente poderá ser pleiteado junto ao causador do prejuízo.

Isso ocorre porque o causador deverá ressarcir, integralmente, todo o dano causado. Se o valor da indenização não for suficiente para o resarcimento de todos os interesses envolvidos, o interesse individual homogêneo terá preferência em relação aos interesses difusos e coletivos envolvidos no mesmo contexto. Assim, neste caso, prioritariamente, deverão ser resarcidos os titulares dos interesses individuais homogêneos (artigo 99 do CDC). Tal fato será analisado detidamente em tópico à parte deste trabalho (vide subitens 3.8 e 4.5.5).

1.2.6 – Reparação dos danos

De início, não é demais ressaltar que a forma de atuação ideal é a preventiva. Desta forma, deve-se sempre buscar atitudes ou ações que busquem impedir a ocorrência do dano, bem como a proliferação de seus efeitos deletérios. Neste sentido, cabe aqui a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

*“Em primeiro lugar, não é demais realçar que o objetivo principal da ação civil pública é o de **prevenir** a ocorrência de danos por violação a interesses coletivos e difusos. Por outro lado, importa ainda como objetivo o de obrigar-se o agente violador ao cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou suportar. Em suma: tudo deve ser feito para evitar a ocorrência de danos.”* (CARVALHO FILHO, 2011, p. 387).

Desta forma, deve-se adotar prioritariamente medidas preventivas. Porém, em face da ocorrência de um dano, deve-se buscar a sua recuperação ou reparação. Contudo, parece-nos que há uma ordem a seguir para a devida recuperação do bem lesado.

Neste sentido, o artigo 13 da Lei nº. 7.347/85, em sua parte final, menciona que os recursos dos fundos de reparação serão “*destinados à reconstituição dos bens lesados.*”

O citado artigo, segundo nos parece, já deixa claro que sempre se deverá preferir a recuperação do dano em espécie. Assim, se é possível a adoção de obrigação de fazer, não fazer e de entrega de coisa, o juiz deverá condenar o causador do dano a adotar tais condutas, ou se abster delas. Somente no caso de tais obrigações não serem possíveis de serem executadas, é que se deverá optar pela condenação indenizatória.

Aliás, é cediço, que na recomposição dos bens lesados, sejam metaindividuais ou individuais, deve-se sempre procurar obter a reparação “*in natura*”, permitindo-se que o bem lesado seja reconstituído ao estado anterior. A reparação em pecúnia (indenização), somente deverá ser determinada no caso de impossibilidade da reparação específica. Aliás, é o que preconiza o artigo 947 do Código Civil e os artigos 627, 633 e 643 do Código de Processo Civil. Logo, a indenização somente é cabível no caso de impossibilidade de cumprimento da obrigação específica, ou *in natura*.

Assim, como adverte Luciana Stocco Betiol:

“*A função reparatória da responsabilidade civil, se comparada com a medicina tradicional, pode ser entendida como a função terapêutica do instituto cujo objetivo é restabelecer a situação anterior ('status quo ante') da vítima, no caso de danos eminentemente patrimoniais, e minorar o sofrimento ou compensar a ofensa sofrida, no caso de danos não patrimoniais – também denominados extrapatrimoniais (NORONHA, 2003, p. 437-438).*

Segundo Fernando Pessoa Jorge (1999, p. 32), ‘(...) a opinião geral atribui à responsabilidade civil **função meramente reparadora**: é fim dela a restituição do lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse havido a lesão. A sua razão de ser está no dano.’’(BETIOL, 2010, p. 118-9).

Ora, se assim é quando envolve interesse individual, com muito maior razão também deverá ser quando a questão envolver interesses metaindividuais. Além das normas do Código Civil e de Processo Civil acima referidas, há outras normas específicas que determinam

preferencialmente a recomposição *in natura* do dano. É o caso da norma do artigo 4º., inciso VII, da Lei nº. 6.938/81:

“VII – à imposição, ao poluidor e a predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.” (grifo nosso).

O artigo 225, §2º., da Constituição Federal também preconiza:

“§2º. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.”

Isso sem falar do que determina o mesmo artigo 225 da Constituição Federal, em seu §1º., inciso I, e §3º.

Aliás, sobre este assunto, é digna de ser repetida a lição de Paulo Affonso Leme Machado:

“Uma medida compensatória, consistente em substituição por equivalente em valor pecuniário, não cumpre a função de reconstituir a característica coletiva do bem. Constata-se não interessar remédios judiciais de simples compensação. Medidas desse teor transformam em dinheiro valores sociais de natureza diversa, que não encontram correspondência nos parâmetros de mercado. Para cumprir sua função nessa esfera, os mecanismos processuais devem ser compreendidos e aplicados de maneira a conduzir à adoção de soluções capazes de impor condutas, de maneira a evitar o dano ou a reconstituir o bem lesado” – afirma Carlos Alberto de Salles.

Tanto a Constituição Federal, que emprega os termos ‘restaurar’, ‘recuperar’ e ‘reparar’, como a legislação infraconstitucional, que utiliza termos como ‘restauração’ e ‘reconstituição’, estão em harmonia no sentido de indicar um caminho para as pessoas físicas e jurídicas que danificarem o meio ambiente, como para a Administração Pública e para os juízes que intervierem para proteger o meio ambiente.

Buscando-se o sentido do termo ‘reparar’ encontramos o de ‘reconstituição da integridade e da funcionalidade de um objeto’.” (MACHADO, 2009, p. 364).

Outra não é a lição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

“O resarcimento do dano ambiental pode ser feito de duas formas. A primeira delas ocorre com o que se denomina de reparação natural ou específica, em que há o resarcimento ‘in natura’. A segunda é a indenização em dinheiro.

Todavia, isso não significa que a reparação pode, indiferentemente, ser feita por um modo ou outro. Pelo contrário, primeiramente, deve-se verificar se é possível o retorno ao status quo ante por via da específica reparação, e só depois de infrutífera tal possibilidade é que deve recair a condenação sobre o quantum a ser resarcido pelo causador do ato feito, sendo sempre preferível a reparação natural, pela recomposição efetiva e direta do ambiente prejudicado.” (FIORILLO, 2010, p. 95).

Alertar-nos, ainda, Fernando Reverendo Vidal Akaoui:

“Somente quando não for possível a reversão do dano é que se abrirá a possibilidade de indenização daquele em dinheiro, anotando-se que a impossibilidade que ensejará essa medida é a impossibilidade técnica, e não financeira ou de outra ordem qualquer.” (AKAOUI, 2004, p. 119)⁷.

Ainda salutar é a lição de Marcos Destefenni, que faz um escalonamento das formas de reparação. Assim, diz:

“Em Direito Ambiental podemos apontar as seguintes formas de reparação:

- a) restauração natural ou reparação ‘in natura’;
 - b) compensação;
 - c) indenização.”
- (DESTEFENNI, 2005, p. 185).

Ora, o mesmo raciocínio empregado no direito ambiental é válido para todas as espécies de reparação de danos difusos e coletivos. Aliás, essa deve ser a tônica da reparação de todo e qualquer interesse difuso e coletivo: preferir sempre a reparação em espécie.

É interessante anotar a observação de Carlos Alberto de Salles que afirma que é possível o juiz adotar, no processo, medidas judiciais compensatórias não pecuniárias para danos irreparáveis. Assim, em vez de condenação pecuniária, que seria revertida ao fundo, o juiz deve determinar uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, passível de execução específica, de forma a

⁷ Digna de nota é a fundamentação constitucional e legal utilizada por tal autor:

“De fato, é princípio tácito que se extraí de CF (art. 225, ‘caput’, §1º, inc. I, e §§2º e 3º) o da primazia da reparação específica do dano ambiental, ou seja, existe uma absoluta prioridade de retorno do bem lesado ao ‘status quo ante’.

Da mesma forma, é o que podemos tirar dos princípios (art. 2º, inc. VII) e objetivos (art. 4º, incisos VI e VII) da Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela LF 6.938, de 31.08.1981.” (AKAOUI, 2004, p. 118).

minimizar os efeitos deletérios do dano, mesmo no caso deste ser ele irreparável. Desta maneira, afirma:

“Tratando-se sempre de situação irreparável, pois de forma contrária seria caso de tutela específica, a possibilidade de fixação de medida de compensação em espécie, consistente em equivalente não pecuniário, não encontra qualquer óbice formal ou material em nosso sistema jurídico, embora não expressamente previsto. Esse tipo de medida é de grande utilidade, respondendo ao problema de como melhor compensar o interesse lesado, notadamente em situações mais localizadas, atingindo aquelas pessoas mais diretamente afetadas pelo dano ambiental.” (SALLES, 1998, p. 320).

O citado autor exemplifica uma situação referente à questão ambiental, posto que este é o foco de seu trabalho, mas o mesmo raciocínio é válido para lesões a quaisquer bens e interesses metaindividualis. Assim, exemplifica:

“Tome-se por exemplo a contaminação irrecuperável de lençol freático, usado para o fornecimento de água para um determinado vilarejo. Sendo irreparável, uma solução juridicamente viável seria a condenação do causador no pagamento, em favor do fundo de determinada soma correspondente ao valor do dano. Feito isso, não há de se esperar que o conselho gestor do fundo destinasse os recursos para a realização de providência compensatória daquele dano. Ocorre, como visto no item anterior, que destinação dos recursos do fundo não está vinculada à situação danosa geradora dos recursos, podendo ou não compensar adequadamente a situação lesiva.

(...). No caso examinado, é muito mais provável que o juízo possa avaliar com maior propriedade a adequação da medida compensatória do que o faria o distante conselho gestor do fundo, determinando como medida compensatória em espécie, por exemplo, a obrigação de trazer água de outra localidade para abastecer a região. É claro que, em determinadas situações, tendo em vista a repercussão do dano ambiental, o conselho gestor do fundo, diante da possibilidade de avaliação e atuação mais global, pode ser mais apto a produzir a medida compensatória direta.” (SALLES, 1998, p. 320-1).

É evidente, que estas medidas compensatórias propostas pelo citado autor são paliativas, não excluindo a obrigação de indenizar os danos irreparáveis causados, além de eventual dano moral coletivo. No entanto, parece-nos acertado tal raciocínio.

Assim, diante da ocorrência de um dano, em primeiro lugar deverá o juiz, ao avaliar o dano causado, procurar condenar o seu causador a realizar a devida recuperação (retornando ao estado anterior ao dano), por meio da tutela específica. Não sendo possível a recuperação do dano, ainda sim, o magistrado deverá adotar medidas compensatórias para minimizar as consequências danosas, determinando obrigações de dar, fazer ou não fazer, sem, contudo, olvidar de condenar o causador do dano à obrigação de indenizar (danos materiais e morais)⁸. Contudo, somente no caso de não ser possível nenhuma das medidas anteriores (de recuperação ou compensação), é que o magistrado deverá determinar a condenação exclusivamente em pecúnia. Porém, isto não tem ocorrido na prática. Se até mesmo nas hipóteses em que a recuperação é plenamente possível nossos juízes têm substituído tal obrigação específica pela de indenizar, quanto mais se dirá nos casos em que deveriam ser adotadas medidas compensatórias. É preciso entender que, em nosso sistema jurídico, a obrigação de indenizar os danos metaindividualis materiais é sempre a última opção e não a primeira.

Neste sentido, é digna de menção é a lição de Marcos Destefenni:

“A investigação teórica realizada até aqui nos permitiu chegar à conclusão de que não pode haver discricionariedade na escolha da forma de reparação do dano ambiental.

As autoridades públicas, na tese aqui sustentada, devem empreender todos os esforços na busca de uma reparação específica do dano ambiental.

Não sendo possível a reparação específica, deve-se buscar uma ‘compensação ambiental’, em que o dano ambiental seja compensado com a adoção de medidas de equivalente importância ecológica, preferencialmente, dentro do mesmo ecossistema em que ocorreu o dano.

A indenização, terceira possibilidade, só pode ser determinada em último caso ou, então, como medida cumulada à restauração ou à compensação. A conversão em perdas e

⁸ José dos Santos Carvalho Filho assim exemplifica a hipótese da citada cumulação de pedidos:

“Duas hipóteses podem aparecer no caso de dano:

Uma delas diz respeito à situação em que a conduta violadora já se exauriu, tendo provocado dano irreversível, isto é, não há mais qualquer meio de reconstituir o bem lesado. Exemplificamos com a destruição de algum bem de valor histórico.

*A outra hipótese é aquela em que a conduta é de caráter contínuo: já provocou danos, mas sua continuidade irá gerando novos danos. Se alguém vem devastando certa área sob preservação ambiental, por exemplo, tendo alcançado seu objetivo em relação a uma parte da área, já terá provocado danos no que toca à parte destruída, mas ainda será necessário obter-se provimento judicial que obrigue o agente a paralisar sua atividade destrutiva, e isso porque em cada momento do tempo sua conduta vai provocando novos danos. No primeiro caso, o pedido na ação será exclusivamente o **indenizatório**, ao passo que neste último pode cumular-se o pedido **indenizatório** com o de **cumprimento de obrigação**.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 387).*

danos, portanto, é medida excepcional. Deve ser a última solução a ser pensada na reparação do dano ambiental.

Todavia, basta a análise de alguns casos para se perceber que as normas de proteção ambiental são facilmente desrespeitadas e, não raras vezes, não se obtém uma reparação específica, do dano ambiental.” (DESTEFENNI, 2005, p. 201-2).

Contudo, além da situação de compensação para a minimização do dano, surge aqui a hipótese aventada por muitos autores referente à compensação por equivalente. Trata-se de situação diversa da até aqui apontada. Como dissemos, a compensação acima sugerida ocorre para a minimização dos danos provocados, não impedindo a condenação da obrigação de indenizar.

No entanto, no que se refere à compensação por equivalente, muitos autores a colocam como uma alternativa, na hipótese de o dano ser irreparável. Como já dito, embora retratada no Direito Ambiental, tal raciocínio é passível de expansão para qualquer interesse difuso e coletivo.

Marcos Destefenni assim conceitua a compensação por equivalente:

“Podemos, pois, arriscar um conceito de compensação: a compensação é uma forma alternativa à reparação específica do dano ambiental, consistente na adoção de uma medida de equivalente importância ecológica, dentro do mesmo ecossistema onde ocorreu o dano, mediante a observância de critérios técnicos específicos por órgãos públicos e mediante a aprovação prévia do órgão ambiental competente, admissível desde que seja impossível a reparação específica.” (DESTEFENNI, 2005, p. 190).

A questão passa a ter relevância para o tema do nosso trabalho, uma vez que na compensação por equivalente, no caso de bens irreparáveis, o juiz pode optar por uma alternativa diversa da indenização em pecúnia, condenando o causador do dano a medidas outras para a recomposição em espécie de outro bem difuso ou coletivo.

Neste aspecto, é digna de menção a lição de Fernando Reverendo Vidal Akaoui:

“Diante da nítida inércia do fundo legalmente instituído, os aplicadores do Direito passaram a inovar na busca da concretização do desiderato da lei, e a alternativa encontrada, quando havia montante em dinheiro a ser indenizado, foi a de transformar essas quantias em medidas compensatórias, que visavam a recompor em favor da coletividade os danos irreparáveis causados ao meio ambiente.” (AKAOUI, 2004, p. 121).

Após, o citado autor afirma:

“Com efeito, a compensação por equivalente nada mais é do que a transformação do valor que deveria ser depositado no fundo de reparação dos interesses difusos lesados em obrigação de dar coisa(s) certa(s) ou incerta(s), que, efetivamente contribua na manutenção do equilíbrio ecológico.”(obra citada, p. 122).

E conclui:

“Porém, não apenas aquela espécie de obrigação poderá retratar a compensação por equivalente, mas também outra obrigação positiva, a saber, a de fazer.” (idem, p. 123).

Parece-nos que a compensação por equivalente encontra fundamento na “fluid recovery” norte americana⁹. Nossa sistema jurídico não veda tal hipótese, sendo exigido do aplicador do direito uma conduta mais audaciosa. Porém, tal forma de compensação deve ser aceita com critérios, nunca de forma indiscriminada. Isso porque, do contrário, o Poder Judiciário estaria imiscuindo-se na função legal do fundo de reparação de destinatário e aplicador de valores decorrentes de condenações a bens e interesses indivisíveis. Se tal instituto for utilizado de forma indiscriminada e sem parâmetros, o juiz estará substituindo-se à função do conselho gestor do fundo de reparação, suprimindo a decisão administrativa de tal conselho quanto à melhor utilização dos valores decorrentes de condenação em pecúnia referentes a bens indivisíveis.

Neste aspecto, Marcos Destefenni ressalta:

“A compensação, portanto, depende de uma série de requisitos:

- a) ser absolutamente necessária;*
- b) não ser possível uma reparação específica;*
- c) consistir numa medida de equivalente importância ecológica;*
- d) que a medida seja adotada dentro do mesmo ecossistema onde ocorreu o dano ambiental;*
- e) que sejam observados critérios técnicos;*
- f) que haja ciência por parte dos órgãos públicos;*
- g) que os órgãos públicos autorizem previamente as medidas.”* (DESTEFENNI, 2005, p.191).

De fato, é feliz a colocação do festejado autor. Parece-nos que outro requisito deva ser acrescentado: a exigência de que a medida compensatória seja aplicada somente no mesmo

⁹ Ver subitem 3.1 deste trabalho.

município onde ocorreu o dano. Porém, o caso concreto pode recomendar a compensação, em parte, em município vizinho também atingido pelo dano. Afora a questão referente à jurisdição, tal medida é salutar para que o magistrado não substitua, com sua vontade, a atribuição discricionária do conselho gestor dos fundos de reparação. Portanto, é inconcebível o juiz da comarca de Caçapava determinar uma medida compensatória por equivalente (recuperação de uma reserva legal, por exemplo) a ser executada na cidade de Campinas, posto que não são circunvizinhas e não guardam qualquer proximidade. Isso implicaria em uma indevida ingerência nos fundos de reparação, com a supressão das atribuições legais do seu conselho gestor, o que é inconcebível.

Contudo, se adotado com critério e bom senso, respeitando-se os requisitos acima especificados, a compensação por equivalente pode ser um importante instrumento para se dar efetividade à defesa dos interesses metaindividuais.

No mais, não é demais frisar que a compensação por equivalente somente é possível em relação aos danos materiais, sendo incabível tal substituição em se tratando de danos morais. Assim, por exemplo, o causador do dano vem a cortar uma árvore centenária, última espécime nativa da região, que é o símbolo de determinado bairro. Sendo condenado à reparação dos danos materiais (irrecuperáveis), poderá o juiz determinar a compensação por equivalente (obrigar o causador do dano ao plantio de cem árvores da mesma espécie em parques da cidade, p. ex.). Porém, no que tange ao dano moral (a dor e a comoção popular), a indenização deverá sempre ser em pecúnia, não sendo possível de compensação por equivalente, porque a obrigação não é passível de substituição: não é possível a substituição do sentimento popular de um bairro por outra obrigação que não seja a de indenizar. Portanto, havendo condenação em pecúnia referente ao dano moral coletivo, tal valor deverá ser obrigatoriamente encaminhado ao fundo de reparação.

Desta forma, para a defesa dos bens difusos e coletivos, deve-se procurar obter a reparação específica do bem. Em sendo o dano irreparável, em primeiro lugar, deve-se buscar medidas compensatórias para a minimização dos danos no local onde ocorreram (sempre recomendável). Após, deverá ser analisada a hipótese da necessidade de se buscar a compensação por equivalente, desde que cabível. Por fim, não sendo o caso de se adotar nenhuma das hipóteses acima referidas, por impossibilidade material ou técnica, deve-se condenar o causador do dano exclusivamente à indenização em pecúnia.

Em relação aos fundos de reparação, o citado raciocínio não é diferente. Como visto, o artigo 13 da Lei nº. 7.347/1985 fala em reconstituição do bem lesado. Igualmente, o artigo 1º., § 1º., da Lei nº. 9.008/1995 menciona a reparação do dano. A Lei Estadual nº. 13.555/09, em seu artigo 2º., também fala em reparação dos danos.

Aliás, digno de menção é a norma do parágrafo único do artigo 1º. do Decreto Estadual nº. 27.070/1987:

“Entendem-se por resarcimento quaisquer despesas relacionadas com a reconstituição, reparação, preservação e prevenção dos valores de que trata o “caput”, na mesma espécie dos bens lesados, se possível”.

Desta forma, o propósito dos fundos de reparação é de aplicação de seus recursos para a reparação do bem lesado, caso seja viável. Não o sendo, deverá ser reparado outro bem difuso e coletivo. Isso fica evidenciado nas normas do artigo 1º., § 3º., e artigo 3º., inciso I, ambos da Lei nº. 9.008/1995 e artigo 5º., inciso III, e artigo 8º., ambos do Decreto Estadual Paulista nº. 27.070/1987. Porém, trata-se de mera recomendação.

Assim, adverte-nos Hugo Mazzilli:

“Mesmo quando impossível restaurar diretamente o bem ou o valor atingido, será cabível condenação em pecúnia, e o produto reverterá para o fundo de que cuida a LACP. Sua adequada aplicação permitirá a conservação ou restauração de outros bens e valores compatíveis.” (MAZZILLI, 2002, p. 443).

Do que até agora foi exposto, verificamos que os valores obtidos com o fundo poderão também ser utilizados para ações preventivas.

Embora o texto do artigo 13 da Lei nº. 7.347/1985, o artigo 1º., §1º., da Lei nº. 9.008/1995 e artigo 2º. da Lei Estadual nº. 13.555/09 não mencionem, de maneira clara, há que se entender, por meio de uma interpretação sistemática que as ações preventivas também podem ser beneficiadas com recursos dos fundos.

Conforme Paulo Affonso Leme Machado:

“Preservar é ‘livrar de algum mal; manter livre de corrupção, perigo ou dano; conservar’. Prevenir: é ‘dispor de maneira que evite (dano, mal).’ Preservar é prevenir para conservar.

Portanto, o binômio constitucional ‘prevenção-restauração’ deve passar a informar e servir de bússola na interpretação de textos legais anteriores e posteriores à Constituição” (MACHADO, 2009, p. 366).

A aplicação de recursos dos fundos já se justificaria pela aplicação dos princípios da prevenção e da precaução, aplicáveis a qualquer bem difuso e coletivo¹⁰. Contudo, a Lei nº. 9.008/1995 deixa claro este propósito ao estabelecer:

“§ 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).

Após, no artigo 3º.,incisos III a VI da citada lei, ainda menciona:

“Art. 3º Compete ao CFDD¹¹:

(...)

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 as matérias mencionadas no § 1º do art. 1º desta Lei;

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;”¹²

Portanto, verifica-se que o rol mencionado pela citada lei é simplesmente exemplificativo, o que fica evidenciado pela norma do artigo 3º., inciso VI, retro referido. Logo,

¹⁰ Sobre os conceitos do princípio da prevenção e da precaução, remetemos o leitor ao item 1.3 deste trabalho.

¹¹ A sigla significa Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

¹² O artigo 6º., inciso II, da Lei Estadual nº. 13.555/09 é mais específico:

“Artigo 6º. O Conselho Gestor terá as seguintes atribuições:

(...)

II - examinar e aprovar projetos, inclusive os de caráter científico e de pesquisa, relativos à reconstituição, reparação, preservação e prevenção dos bens mencionados no artigo 2º desta lei”.(grifo nosso).

No mesmo sentido é o Decreto Estadual nº. 27.070/1987, em seu artigo 5º., incisos I a III, e artigo 8º.

os recursos dos fundos poderão ser utilizados para qualquer projeto de ação preventiva, para a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo.

Há que se ressaltar, por fim, que não há vinculação de receitas para os fundos de reparação para a utilização de seus recursos. Assim, é possível a utilização dos recursos dos citados fundos para a reparação de qualquer interesse difuso e coletivo lesado, não havendo a necessidade de utilização dos valores dos fundos somente para a lesão de bens da mesma natureza. Com isso queremos dizer que as receitas dos fundos de reparação são obtidas por recursos advindos de multas e condenações pecuniárias a danos ao meio ambiente, consumidor, etc. Porém, as receitas oriundas de danos ambientais não precisam necessariamente ser utilizadas para a recomposição de danos ambientais. Isso porque os recursos são encaminhados para uma única conta e, como dito, não há vinculação de receita. Portanto, recursos obtidos com a degradação ambiental poderão ser utilizados, em tese, para a reparação ou prevenção de danos ao consumidor, por exemplo, e vice-versa. Mas isso será analisado com mais vagar em tópico próprio.

1.2.7 – A responsabilidade do causador de danos a interesses metaindividualis

Parece-nos salutar, também, a análise do conceito de responsabilidade proveniente de danos a interesses metaindividualis. Assim, inicialmente, há que se frisar que há três formas de se responsabilizar o causador de um dano: a responsabilidade civil, a responsabilidade administrativa e a responsabilidade penal. As três esferas são independentes, não havendo que se falar em “bis in idem”. Portanto, de um mesmo fato poderá advir ao agente infrator uma sanção civil, uma sanção administrativa e uma sanção penal. A relevância do tema para o presente estudo refere-se às condenações em dinheiro, sejam elas de qualquer natureza, posto que em tese poderão constituir como uma das receitas dos fundos de reparação. Então vejamos.

1.2.7.1 – Responsabilidade civil em relação a danos metaindividualis

A responsabilidade civil se consubstancia na obrigação de reparação dos danos causados a terceiros. Para as relações individuais, a norma do artigo 927, “caput”, do Código Civil estabelece a responsabilidade aquiliana, ou seja, a responsabilidade fundada na culpa.

Contudo, adverte Claudio Luiz Bueno de Godoy:

“O art. 927 que inaugura o título destinado ao tratamento da responsabilidade civil, fonte do direito obrigacional, consagra, em seu texto, o que representa inovação do sistema: a coexistência genérica e, segundo se entende, não hierarquizada de regras baseadas na teoria da culpa e na teoria do risco. Ou seja, por ele se altera o modelo subjetivo levado aos Códigos do século XIX, em que o centro da responsabilidade civil sempre foi, quase que exclusivamente, a culpa, tudo a fim de atender a reclamo de uma sociedade mais industrial e tecnológica, pródiga na facilitação da ocorrência de acidentes (fala-se na era dos acidentes ou na civilização dos acidentes) e, assim, na indução a uma desigualdade das relações que dificulta a prova da culpa pela vítima. De outra parte, ocupa-se o novo modelo de Estado social muito especialmente da garantia de preservação da pessoa humana, de sua dignidade.

Resultado desse panorama são as constatações da insuficiência das normas da chamada responsabilidade aquiliana e a imposição de regras de responsabilidade objetivizada e coletivizada, portanto não só mais de cunho eminentemente pessoal, como sempre foi (pense-se nos exemplos do seguro obrigatório, indenização accidentária e assim por diante). Passa a lei a procurar identificar um responsável pela indenização, e não necessariamente um culpado, individualmente tomado.” (PELUZO, 2007, p. 765).

Assim, o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil estabelece:

“Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Assim, conclui Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

“Grande inovação contém, todavia, a parágrafo do art. 927. Não propriamente por concernir a uma responsabilidade sem culpa, já constante de legislação especial ou, antes, da própria Constituição Federal (tomem-se os exemplos da responsabilidade civil do Estado, da responsabilidade por danos ecológicos, danos atômicos ou danos causados aos consumidores). A novidade está na previsão genérica ou numa cláusula geral da responsabilidade sem culpa,

baseada na ideia do risco criado, e mitigado, ou não integral, dada a exigência de circunstância específica, além da causalidade entre a conduta e o dano, que está na particular potencialidade lesiva da atividade desenvolvida, tal qual adiante se referirá.” (obra citada, p. 765).

Ora, se assim o é na esfera de interesses exclusivamente individuais, com muito maior razão será no caso de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Assim, somente pelo texto do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil já seria possível dizer que, em regra, em se tratando de interesses metaindividuais, a responsabilidade do causador do dano é objetiva.

Não obstante isso, cabe aqui repetir a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso:

*“De maneira geral, tem-se admitido que a responsabilidade, em matéria de interesses metaindividuais, em princípio deve ser a **objetiva**, ou mesmo do **risco integral**, as únicas que podem assegurar uma proteção eficaz a esses interesses. Até porque, sói ocorrer nos megaconflitos de interesses de as partes estarem desequilibradas, em detrimento da posição do indivíduo isolado: assim, o **habitante**, em face da lesão à ordem urbanística; o **contribuinte**, em face da lesão ao erário; o **consumidor**, em face da publicidade enganosa ou abusiva. Aliás, é buscando a **recomposição do equilíbrio** nessas delicadas equações que o **CDC** intenta **tratar desigualmente os desiguais** nos conflitos consumeristas, autorizando o juiz a inverter o ônus da prova em prol da parte que o legislador presumiu ser a **mais vulnerável** (Lei 8.078/90, art. 6º, VIII).”* (MANCUSO, 2007, p. 326).

No mesmo sentido, adverte Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida:

“A responsabilidade civil objetiva surgiu e se consolidou como resposta eficiente à da tutela da parte vulnerável nas relações de consumo e nas demais relações jurídico-sociais (meio ambiente, previdência social, entre outras).” (YOSHIDA, 2006, p. 233).

Portanto, somente pelo fundamento da norma do Código Civil, já é possível afirmar que a regra para os interesses transindividuais é a responsabilidade objetiva. O risco da atividade já é suficiente para justificar a imputação da responsabilidade civil objetiva.

Não obstante isso, há regras específicas para determinadas categorias de interesses metaindividuais, tendo em vista a importância de tais bens e para que não paire qualquer dúvida. Porém, como já dito, no caso de ausência de previsão legal específica, há que se invocar a norma geral descrita no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Assim, é que em relação ao meio ambiente (entendido aqui como o natural, o artificial, o cultural e o do trabalho, como já visto), a responsabilidade civil objetiva está prevista no artigo 225, §3º., da Constituição Federal e artigo 14, §1º., da Lei nº. 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente). Em se tratando de dano nuclear a regra é a do artigo 21, inciso XXXIII, alínea “d”, da Constituição Federal. Em relação ao Poder Público é aplicável a regra do artigo 37, §6º, da Carta Magna. No que tange à relação de consumo, a responsabilidade civil objetiva está prevista nos artigos 12 a 17 da Lei nº. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Não bastasse isso, também é cediço que a responsabilidade civil deverá abranger todos os danos, sejam patrimoniais ou morais, conforme artigo 5º., inciso V, da Constituição Federal e artigo 186 do Código Civil.

Já a solidariedade em virtude dos danos causados, seja a interesses individuais ou a metaindividuais, tem sua previsão por meio de uma norma geral descrita no artigo 942 do Código Civil.

Portanto, concluímos que em se tratando de condenação judicial em pecúnia, ou de acordo judicial ou extrajudicial que envolver o pagamento em dinheiro, decorrente da obrigação de indenizar, seja de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, tais valores deverão, em regra, ser encaminhados aos fundos de reparação previstos no artigo 13 da LACP, desde que decorram de interesse metaindividual.

Quanto ao dano extrapatrimonial, cabe aqui repetir a lição de José Rubens Morato Leite:

“O dano extrapatrimonial ambiental não tem mais como elemento indispensável a dor em seu sentido moral de mágoa, pesar, aflição, sofrido pela pessoa física. A dor, na qual se formulou a teoria do dano moral individual, conforme esboçado anteriormente, acabou abrindo espaço para outros valores que afetam negativamente a coletividade, como é o caso da lesão imaterial ambiental.

A dor, em sua acepção coletiva, é ligada a um valor equiparado ao sentimento moral individual, mas não propriamente este, posto que concernente a um bem ambiental, indivisível, de interesse comum, solidário e relativo a um direito fundamental de toda coletividade. Trata-se de uma lesão que traz desvalorização imaterial ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e concomitantemente a outros valores inter-relacionados como a

saúde a qualidade de vida. A dor, referida ao dano extrapatrimonial ambiental, é predominantemente objetiva, pois se procura proteger o bem ambiental em si (interesse objetivo) e não o interesse particular subjetivo. Outrossim, refere-se, concomitantemente, a um interesse comum de uma personalidade em sua caracterização coletiva.

Atualmente, ainda que de forma bastante discreta, vem sendo admitida a possibilidade de configuração de um dano moral afeto à coletividade como um todo ou mesmo a um grupo de indivíduos determinados ou determináveis. Neste sentido, Paccagnella argumenta: ‘Em resumo, sempre que houver um prejuízo ambiental objeto de comoção popular, com ofensa ao sentimento coletivo, estará presente o dano moral ambiental. A ofensa ao sentimento coletivo caracteriza quando o sofrimento é disperso, atingindo considerável número de integrantes de um grupo social ou comunidade.’” (LEITE, 2003, p. 294-5).

E ainda acrescenta:

“Entretanto, a dificuldade em se avaliar os danos extrapatrimoniais, quer individuais, quer coletivos, não pode ser razão para não se indenizar, como durante muito tempo quiseram fazer crer os adeptos da tese negativa da reparação. Ao revés, se assim fosse, poderia ocorrer um enriquecimento ilícito do causador do dano, o que é vedado pelo direito.

Deste modo, configurado o dano extrapatrimonial, este há que ser reparado, não obstante as dificuldades existentes para sua valorização.” (obra citada, p. 302)

1.2.7.2 – Responsabilidade administrativa

A responsabilidade administrativa é aquela que advém da relação existente entre o indivíduo e o Estado, por meio de seus órgãos. O órgão administrativo incumbido do poder de polícia, em face de uma conduta tipificada como infração administrativa, deverá aplicar uma sanção ao infrator. Assim, como menciona Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

“Sanções administrativas são penalidades impostas por órgãos vinculados de forma direta ou indireta aos entes estatais (União, Estados, Municípios e mesmo Distrito Federal), nos limites de competências estabelecidas em lei, com o objetivo de impor regras de conduta àqueles que também estão ligados à Administração no âmbito do Estado Democrático de Direito. As sanções administrativas, conforme orientação de doutrina tradicionalmente

vinculada ao denominado ‘direito público’, estão ligadas ao denominado poder de polícia enquanto atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato em razão de interesse público vinculado à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou mesmo respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.” (FIORILLO, 2010, p. 131-2).

Alguns exemplos de sanções administrativas podem ser lembrados, tais como as aplicadas em virtude de ilícito administrativo praticado em face do meio ambiente (artigos 70 a 76 da Lei nº. 9.605/1998), em face da relação consumerista (artigos 55 a 60 da Lei nº. 8.078/1990), em face dos direitos da criança e adolescente (artigos 245 a 258-B da Lei nº. 8.069/1990), etc.

Entre as diversas sanções administrativas, uma delas tem caráter pecuniário: a multa. Sendo uma condenação em dinheiro, ainda que administrativa, o valor da multa aplicada poderá ser encaminhado aos fundos de reparação, constituindo-se em uma de suas receitas, desde que haja previsão legal. Porém, isso não quer dizer que necessariamente devam ser todos os valores decorrentes de multas administrativas encaminhadas aos referidos fundos previstos na LACP. É o que ocorre, por exemplo, com os valores das multas arrecadados por infração administrativa ambiental, que deverão ser encaminhados ao Fundo Nacional do Meio Ambiente, ao Fundo Naval (se aplicadas por órgãos federais) e aos fundos estaduais ou municipais de meio ambiente (artigo 73 da Lei nº. 9.605/1998). Mas, como dito, indubitavelmente, a multa administrativa se constitui em uma das receitas do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, conforme se verifica no artigo 1º., §2º., incisos II, III e V, da Lei nº. 9.008/95. Poderão também constituir receita dos fundos de reparação estaduais. No entanto, o destino dos valores das multas deverá ser determinado por meio de lei. Assim, caberá à lei estadual definir o destino das multas administrativas aplicadas por seus órgãos e à lei municipal a definição do destino das multas administrativas aplicadas por seus respectivos órgãos fiscalizadores.

No entanto, é arguta a observação de Edis Milaré e Paulo José da Costa Júnior ao comentarem o artigo 73 da Lei nº. 9.605/98:

“No que se refere ao destino dos valores arrecadados em pagamentos de multas impostas pela União, nenhuma dúvida existe, ante a clareza do dispositivo. Cabe lembrar, no

entanto, que as multas impostas pelos Estados e Municípios terão o destino definido em suas leis, não cabendo à lei federal dizer que serão revertidas a fundos estaduais ou municipais.” (MILARÉ e COSTA JÚNIOR, 2002, p. 244).

1.2.7.3 – Responsabilidade penal

A responsabilidade penal é aquela que surge em virtude da prática de uma infração penal (crime ou contravenção), permitindo ao Estado, por meio de seus órgãos, o exercício do poder de punir o infrator (“*jus puniendi*”), aplicando-lhe uma pena.

Assevera Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

“Determinadas condutas, levando-se em conta sua repercussão social e a necessidade de uma intervenção mais severa do Estado, foram erigidas à categoria de tipos penais, sancionando o agente com multas, restrições de direito ou privação de liberdade.” (FIORILLO, 2010, p. 138).

E continua:

*“Como pondera o sempre brilhante Nélson Hungria, o ilícito penal é a violação do ordenamento jurídico contra a qual, pela sua intensidade ou gravidade, a única sanção adequada é a pena, enquanto o ilícito civil é a violação da ordem jurídica para cuja debelação bastam as sanções atenuadas da indenização, execução forçada, restituição *in specie*, breve prisão coercitiva, anulação do ato etc. Como se verifica, a distinção está atrelada essencialmente aos valores atribuídos a determinadas condutas, em vista das circunstâncias da época, da potencialidade do dano objetivo e do alarde social.”* (obra citada, p. 138-9).

Como dito pelo citado autor, a diferença entre ilícito civil, administrativo e penal não é ontológica, mas apenas de grau de valores. Não obstante isso, ressalta Luís Paulo Sirvinskas:

“A tutela penal, no direito penal moderno, deve ser reservada à lei, partindo-se do princípio da intervenção mínima no Estado Democrático de Direito. Tal tutela deve ser a ‘ultima ratio’, ou seja, só depois de se esgotarem os outros mecanismos intimidatórios (civil e administrativo) é que se procurará, na tutela penal, a eficácia punitiva.” (SIRVINSKAS, 1998, p. 11).

Após, o citado autor conclui:

“A tutela penal atua repressivamente a fim de se punir e desestimular a prática de atos lesivos contra o patrimônio do povo.” (obra referida, p. 13).

Ressaltam ainda Edis Milaré e Paulo José da Costa Júnior:

“O direito ambiental tem natureza profundamente preventiva. Deverá abranger também os riscos e não somente os danos, pois o prejuízo ambiental é, comumente, de difícil identificação (condutas fluidas e temporalmente protráteis), de larga dimensão e irreparável.

Por isso mesmo, a tendência da moderna ciência penal é voltada em conceber o crime ecológico como crime de perigo.” (MILARÉ e COSTA JÚNIOR, 2002, p. 01).

Desta forma, o legislador constitucional também tutela penalmente o meio ambiente, por meio da norma constitucional do artigo 225, §3º., e por meio da Lei nº. 9.605, de 12/02/1998, nos artigos 29 a 69-A. Há também previsão de crimes no âmbito do direito do consumidor, artigos 63 a 78 da Lei nº. 8.078/1990; da infância e juventude, artigos 228 a 244-B da Lei nº. 8.069/1990; e do idoso, artigos 96 a 108 da Lei nº. 10.741/2003.

O que nos importa saber é que entre as sanções penais previstas nos diversos diplomas legislativos pátrios há também a fixação de multa (valor pecuniário). Como exemplo, podemos citar as normas dos artigos 29 a 32, 41, 44 a 48, 50 a 52, 54 a 56 e 62 a 69 da Lei nº. 9.605/1998, em que a pena de multa é cumulativa; há também as normas dos artigos 33, 34, 38, 39, 42 e 49 da Lei nº. 9.605/1998, em que a pena de multa é alternativa ou cumulativa. No âmbito consumerista há previsão de pena de multa cumulativa em relação às infrações penais descritas nos artigos 61 a 68, 70 e 71 da Lei nº. 8.078/1990 e de pena de multa alternativa nos artigos 69, 72 a 74 da citada lei.

Então, há que se indagar: os valores apurados em decorrência de aplicação de pena de multa penal podem configurar receita dos fundos de reparação? Em caso de prestações pecuniárias obtidas por meio de acordo penal (transação penal e suspensão condicional do processo previstas nos artigos 76 e 89 da Lei nº. 9.099/95), tais valores poderão reverter aos citados fundos?

Em relação à primeira questão, a resposta encontra-se no artigo 49, “caput”, do Código Penal:

“Art. 49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa... ”(grifo nosso).

Ocorre que, de acordo com a redação do artigo 51, “caput”, do Código Penal, determinada pela Lei nº. 9.268/1996, a multa passou a constituir receita do Estado (União e Estados, conforme a competência do órgão jurisdicional que fixou a multa) e não mais do fundo penitenciário. Assim, nos dizeres da lei, a multa “será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública”. Logo, toda e qualquer multa penal, salvo expressa disposição legal em contrário, tem o seu valor inscrito como dívida ativa do Estado, não podendo figurar como receita para os fundos de defesa dos interesses difusos¹³.

No que tange à segunda questão, a possibilidade de transação penal envolvendo valores pecuniários está prevista no artigo 76, “caput”, da Lei nº. 9.099/95. Também em relação à suspensão condicional do processo é possível acordo envolvendo valores pecuniários, nos termos do artigo 89, §1º., inciso I, e §2º., da Lei nº. 9.099/95. Assim, quaisquer destes valores acordados e aceitos em virtude dos referidos benefícios legais podem ser, em tese, encaminhados aos fundos de reparação da LACP. O fato é que, em regra, as prestações pecuniárias decorrentes da transação penal e da suspensão condicional do processo devem ser encaminhadas, prioritariamente, para a reparação do dano à vítima. No caso de ausência ou impossibilidade de reparação do dano à vítima, tais valores também poderão ser encaminhados a instituições de caridade do município, conforme acordado entre as partes (Ministério Público e infrator/acusado), a título de doação. Assim, por óbvio, os fundos de reparação também poderão ser beneficiados com tais doações. Aliás, em se tratando de crimes de menor potencial ofensivo envolvendo interesses difusos e coletivos, como o que ocorre em crimes ambientais e do consumidor, é até recomendável (embora não haja obrigatoriedade) que o valor da prestação pecuniária acordado seja encaminhado a um dos fundos de reparação, a título de doação, com fundamento no artigo 1º.,

¹³ É interessante notar que a destinação da multa criminal é apenas uma opção legislativa. Contudo, não podemos nos furtar de mencionar que em se tratando de uma dívida ativa da Fazenda Pública, há entendimento da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo de que até certo valor o Estado não tem interesse em cobrar a dívida. Desta forma, no Estado de São Paulo, de acordo com o artigo 1º. da Lei Estadual nº. 14.272/2010, o valor estipulado é de 600 UFESPS, sendo que em janeiro de 2011 cada UFESP correspondia a R\$17,45 (dezessete reais e quarenta e cinco centavos). Assim, somente será proposta ação de execução em caso de dívida ativa igual ou superior a R\$ 10.470,00 (dez mil quatrocentos e setenta reais). Abaixo desse valor a Fazenda Pública do Estado de São Paulo não irá propor ação de cobrança. Parece-nos que a maior parte das multas aplicadas na esfera penal não atingem o citado valor. Logo, em termos de efetividade, seria muito melhor que o legislador determinasse que todos os valores das multas criminais fossem executadas pelo Ministério Público ou pela própria Procuradoria do Estado (mas sem o referido limite de valor) e que as quantias apuradas fossem revertidas para os fundos de reparação. Ao menos tais valores teriam uma utilidade.

§2º., incisos VII ou VIII, da Lei nº. 9.008/1995 e artigo 3º., inciso III, da Lei Estadual Paulista nº. 6.536/1989 (ainda em vigor quanto a este aspecto).

Contudo, há que se ressaltar que, em primeiro lugar, o acordo penal (transação penal ou suspensão condicional do processo) deverá privilegiar a reparação do dano individual das vítimas. No caso de impossibilidade de reparação ou ausência de prejuízo, seja decorrente de dano individual ou de interesse metaindividual, o valor em pecúnia acordado poderá ser encaminhado a um dos fundos de reparação. Ora, se tais valores podem ser encaminhados a instituições de caridade a título de doação, com maior razão podem também ser encaminhados aos fundos de reparação pelo mesmo fundamento. Como dito, em se tratando de dano metaindividual (meio ambiente, consumidor, etc.), é até recomendável que tais valores em dinheiro sejam encaminhados a um fundo voltado para a defesa do bem tutelado pela norma penal incriminadora. Pode o magistrado também optar em fazer a doação a uma entidade pública ou privada em defesa do bem metaindividual lesado (associação protetora dos animais, p. ex.).

Assim, se uma pessoa apanhasse um pássaro da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, sem licença da autoridade competente, estaria em tese cometendo o crime descrito no artigo 29 da Lei nº. 9.605/1998. Trata-se de crime de menor potencial ofensivo. Com a apreensão da ave e sua soltura, em regra, não haveria prejuízo a ser reparado. Contudo, nada impede, neste caso, que na transação penal seja fixada a doação de determinada quantia a um dos fundos de reparação ou a outra entidade existente, preferencialmente no município, de defesa do meio ambiente.

Aliás, no caso dos crimes ambientais, a lei afirma expressamente que somente é possível a transação penal e a suspensão condicional do processo se houver a reparação do dano ambiental (prévia ou posterior, conforme o caso) ou em caso de comprovada impossibilidade (artigos 27 e 28 da Lei nº. 9.605/1998). Porém, há que se frisar que ainda que haja a necessidade de reparação do dano ambiental, nada impede seja fixada, cumulativamente, uma quantia em dinheiro para ser doado aos órgãos de defesa do meio ambiente ou aos fundos de reparação a título de doação. Um outro exemplo melhor esclarecerá a questão. Suponha-se que um proprietário proceda ao corte de uma árvore em área de preservação permanente (artigo 39 da Lei nº. 9.605/1998). Para ocorrer a transação penal, o infrator deverá comprovar, previamente, a recomposição específica do dano no local ou que pelo menos que está cumprindo o determinado para sua recomposição. Não obstante isso, as partes (Ministério Público e infrator/acusado)

poderão também fixar que determinado valor seja doado ao fundo de reparação ou outra entidade de defesa do meio ambiente, a título de doação. O infrator deverá cumprir as duas obrigações: reparar o dano em espécie (caso ainda não tenha feito integralmente) e pagar determinada quantia em dinheiro acordada. Somente após o cumprimento das duas obrigações deverá ser declarada extinta a punibilidade do agente. Isso é possível porque se trata de um acordo. Aliás, tal acordo deverá ter por fim não só reparar o dano, mas conscientizar o infrator de sua conduta, fazendo com que ele reflita sobre o ato praticado e possa ter noção da importância de ações preventivas.

Uma última indagação se propõe: no caso de pena de prestação pecuniária substitutiva da privativa de liberdade, é possível que o juiz fixe que tal quantia em dinheiro seja encaminhada a um dos fundos de defesa dos interesses difusos?

Em primeiro lugar, a prestação pecuniária prevista no artigo 43, inciso I, do Código Penal é uma pena restritiva de direitos, que substitui uma pena privativa de liberdade. A pena substitutiva de prestação pecuniária não se confunde com a pena de multa, posto que esta última já está prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora.

Assim, entendemos que no caso de prestação pecuniária, como se trata de uma condenação, constituindo-se na imposição de uma pena, tal valor não poderá ser encaminhado a um dos fundos de reparação. A hipótese diverge daquela do acordo penal, posto que no caso de pena não há a possibilidade de doação, configurando uma imposição (condenação). Portanto, neste caso, caberá ao juiz fixar a prestação pecuniária (pena restritiva de direitos) na sentença em favor da vítima ou de uma entidade pública ou privada com destinação social, nos termos do artigo 45, §1º, do Código Penal. Como dito, neste caso, em se tratando de lesão a um bem ou interesse metaindividual (meio ambiente, consumidor, etc.), o juiz também deverá preferencialmente determinar que a quantia em dinheiro decorrente da pena substitutiva seja revertida em favor de uma instituição que guarde relação com a defesa do bem lesado.

1.2.8 – A multa diária ou “astreintes”

A possibilidade de fixação de multa diária está prevista nos artigos 287, 461, §4º, 461-A e 645 do Código de Processo Civil, no artigo 11 da Lei nº. 7.347/1985 e no artigo 84, §4º, da Lei nº. 8.078/1990.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das ‘astreintes’ não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar alto valor da multa fixada pelo juiz.”(NERY JÚNIOR e NERY, 2008, p. 673).

Também percuciente é a análise de Rodolfo Camargo Mancuso:

“Cotejando-se o regime do Código de Processo Civil com o do art. 11 da Lei 7.347/85, pode-se inferir que a combinação da multa diária, prevista neste último texto, não é sub-rogativa do cumprimento da prestação específica, mas um meio de induzir o devedor a prestar o fato devido ou resignar-se à abstenção combinada, na pressuposição de que, bem dosada a multa, o devedor ficará desestimulado a resistir ao cumprimento do julgado. Isso está de acordo com o sistema das astreintes, do direito francês... ”(MANCUSO, 2007, p. 265)¹⁴.

Assim, a multa diária é uma das formas de coibir o devedor a cumprir a obrigação, dentre aquelas que o juiz possui à sua disposição. Trata-se de um instrumento a mais para a obtenção do resultado prático do processo (há também medidas de apoio típicas previstas no artigo 461, § 5º., do CPC), tendo cunho coercitivo, não encontrando limite na obrigação principal. No entanto, advertem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“A ilimitação da multa nada tem a ver com o enriquecimento ilícito do credor, porque não é contraprestação de obrigação, nem tem caráter reparatório. Contudo, parcela significativa da doutrina e da jurisprudência entende que ela não pode ultrapassar o valor da

¹⁴ Ainda segundo o mesmo autor, citando a lição de Vicente Greco Filho:

“A imposição de pena pecuniária ‘tem semelhança com a ‘astreinte’ do direito francês e com a rebeldia à ‘injunction’, que significa o ‘contempt of court’ do direito anglo-saxão e que, além da multa, pode levar a prisão.’”(MANCUSO, 2007, p. 266).

De acordo com Hugo Nigro Mazzilli:

“Astreinte é palavra francesa que significa penalidade especial infligida ao devedor de uma obrigação, com o propósito de incitá-lo a sua execução espontânea, e cujo montante se eleva proporcional ou progressivamente em razão do atraso no cumprimento da obrigação.”(MAZZILLI, 2002, p. 391).

Nos dizeres de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“As astreintes têm natureza jurídica de pena privada (‘peine priveé’)… ”(NERY JÚNIOR e NERY, 2008, p. 1.023).

causa, porque isto poderia implicar enriquecimento injusto do credor. Há entendimento no sentido de que para sua fixação deve-se aplicar, por analogia, o CC 412 (CC/1916 920).” (NERY JÚNIOR e NERY, 2008, p. 1.023).

Embora entendamos que não há limite ao valor da multa diária, comungamos do mesmo entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso, no sentido de que “*essa multa há que ser mantida e exigida até certo ponto, não devendo o juiz permitir que ela se converta em causa de insolvência do devedor. Até porque, sendo objetivo das ações coletivas o implemento da efetiva tutela a interesses socialmente relevantes, não se pode raciocinar como se fosse um litígio entre particulares, onde se busca a satisfação do ‘credor’ individual:daí a importância da dosagem na fixação da multa, fazendo-se com que ela constranja o devedor a cumprir o julgado, mas sem arruiná-lo, até porque sua insolvência inviabilizaria a consecução do objetivo primordial da ação, que é a tutela específica do interesse metaindividual.*” (MANCUSO, 2007, p. 267).

Então, acrescenta o mesmo autor:

“...*Tem o juiz certa discricionariedade para fixar o montante da multa, podendo mesmo distanciar-se do que veio pedido a esse título, pelo autor, se tal lhe parecer necessário para resguardar a finalidade coativa desejável.*” (obra referida, p. 272).

De acordo com Hugo Nigro Mazzilli, nas “*ações civis públicas coletivas, tanto em decisão liminar (‘initio litis’), como em tutela antecipada ou até mesmo na sentença, o juiz pode impor multa diária.*” (MAZZILLI, 2002, p. 389). O mesmo autor também menciona que é possível a fixação de multa diária em compromissos de ajustamento, para o caso de seu descumprimento.

No que tange ao termo de ajustamento de conduta, Fernando Reverendo Vidal Akaoui ressalta que “*entendemos que dois critérios deverão pautar a análise do membro do Ministério Público, e dos demais co-legitimados, ao estabelecer a sanção pecuniária: dimensionar a importância do bem lesado ou ameaçado de lesão para a coletividade e o poder econômico daquele que se compromete àquelas obrigações.*” (AKAOUI, 2004, p. 132). O citado autor ainda ressalta:

“*Portanto, o termo de ajustamento de conduta que preveja multa diária ou não, em patamar irrisório ou incompatível, não merece efetividade, pois está a descumprir o objetivo que levou o legislador a prever a cominação como obrigatória. Multa irrisória e falta de*

previsão de cominação se traduzem no mesmo tipo de irregularidade de forma.” (obra referida, p. 133).

Interessante notar que o artigo 12, §2º, da Lei nº. 7.347/1985 menciona que “*a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.*” Assim, a multa diária, embora incida desde a data do descumprimento, somente poderá ser cobrada após o trânsito em julgado. Entendemos que em termos de efetividade andou muito mal o legislador, perdendo uma ótima oportunidade de avançar. A possibilidade de execução da multa diária somente após o trânsito em julgado da decisão favorável torna o instituto praticamente ineficaz. O legislador poderia, ao menos, permitir a execução da multa diária após a decisão de primeiro grau favorável. Ou mais longe, poderia deixar a critério do juiz a fixação de prazo para o início da execução da multa, tornando a multa diária exigível a partir da data fixada pelo magistrado, durante o curso do processo. Porém, na atual fórmula, na prática, a multa diária deixa de ser eficaz, porque o devedor não está obrigado a pagá-la no curso do processo, não havendo uma efetiva finalidade inibitória. Só ao final do processo, após descumprir a obrigação durante anos, é que o réu irá se preocupar em realizar a obrigação em espécie. Pior, aí é que o réu se dará conta de que há a pendência de um valor, que pode ser até astronômico, a título de multa diária, que lhe será exigível independentemente do cumprimento tardio da obrigação. Então, o que era para inibir não cumpre a sua função e ainda pode gerar a insolvência do devedor. Parece-nos que é algo que precisa ser urgentemente repensado.

Também aqui não posso deixar de consignar a posição de Hugo Nigro Mazzilli:

“*a) A multa imposta liminarmente (no início da lide) será devida desde o descumprimento da ordem liminar; entretanto, só será exigível depois que transite em julgado a sentença favorável ao autor;*

b) A multa imposta em decorrência da concessão de tutela antecipada é exigível a partir do momento fixado pelo juiz;”(MAZZILLI, 2002, p. 389).

Em que pese ter maior efetividade a posição do ilustre autor retro citado, o fato é que a lei não permite tal diferenciação entre antecipação de tutela no início da lide e no seu curso, inclusive na sentença recorrível. Logo, em todos os casos, há a necessidade de trânsito em julgado para a cobrança da multa diária. Como asseveraram Nélson Nery Júnior e Rosa Maria de

Andrade Nery: “As denominada ‘astreintes’ somente são devidas após o trânsito em julgado da sentença onde foram fixadas e após o não cumprimento do julgado no prazo assinado pelo juiz, se outro não estiver já determinado (CPC 632).” (NERY JÚNIOR e NERY, 2008, p. 1.023, nota 2). No entanto, é louvável a visão de Hugo Nigro Mazzilli, o que reforça o nosso entendimento de que há necessidade de uma mudança legislativa para alterar este fato, a fim de dar maior efetividade à multa diária.

Portanto, a multa diária não é um instrumento de uso exclusivamente processual. A multa diária pode ser fixada pelas partes interessadas em acordo (compromisso de ajustamento, por exemplo) ou até mesmo por meio de autoridade administrativa, em procedimento administrativo.

Como ressalta Hugo Nigro Mazzilli:

“A multa fixada em compromisso de ajustamento de conduta tem caráter consensual e extrajudicial. É uma cominação que os órgãos públicos legitimados estabelecem com os causadores dos danos a interesses transindividuais, para o caso de estes descumprirem seu compromisso de ajustar sua conduta às exigências legais. O momento a partir de quando deva incidir é fixado no próprio ajuste de conduta, que tem caráter de título executivo extrajudicial.” (MAZZILLI, 2002, p. 390).

Em se tratando de multa diária fixada em acordo, a sua cobrança poderá ocorrer a partir da data de descumprimento do acordo¹⁵.

A multa diária também pode ser aplicada pela autoridade administrativa, por meio de processo administrativo. No que tange às infrações ambientais, embora o artigo 72, inciso III, da Lei nº. 9.605/1998 aponte a multa diária como uma sanção administrativa, seu caráter inibitório, de desestímulo ao não cumprimento da obrigação específica, fica evidenciado no §5º., do mesmo artigo: “A multa diária será aplicada sempre que o cometimento da infração se prolongar no tempo.”

Igualmente há a possibilidade de fixação de multa diária em processo administrativo pelos conselheiros do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica),

¹⁵ Como adverte Fernando Reverendo Vidal Akaoui:

“Portanto, não nos parece que haja qualquer discricionariedade ao órgão público que firmou o compromisso com o interessado em poder avaliar se deve ou não executar as cláusulas previstas em caso de inadimplemento, pois este é um dever que decorre da própria legitimação conferida por lei.”(AKAOUI, 2004, p. 133).

bem como pelo plenário do citado órgão e pela Secretaria do Direito Econômico, nos termos dos artigos 9º., inciso IV, 14, inciso XI, 25 e 26 da Lei nº. 8.884/1994.

O interessante é que em relação a tais multas diárias aplicadas administrativamente não há exigência de trânsito em julgado da decisão administrativa, podendo, portanto, serem cobradas a partir da data de sua incidência. O que não deixa de ser um contrassenso de nosso sistema jurídico, posto que a multa diária fixada em processo administrativo tem maior efetividade do que aquela fixada no curso do processo judicial!

Mas, no momento, interessa-nos lembrar que os valores apurados em relação às multas diárias são destinados, em regra, aos fundos de reparação previstos no artigo 13 da LACP, salvo disposição legal em contrário.

1.3 – Princípios constitucionais correlatos à gestão e aplicação de recursos dos fundos

Iniciamos este tópico invocando o conceito de princípio. De acordo com Paulo Bonavides:

“Daqui já se caminha para o pano final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equipados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se inserem se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.” (BONAVIDES, 2005, p. 288-9).

No mesmo sentido, J. J. Gomes Canotilho afirma que no gênero norma há duas espécies: as regras e os princípios. Não obstante ressaltar a dificuldade da separação entre regra e princípio, o citado autor muito bem o faz da seguinte forma:

“a)Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida;

b)Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa;

c)Caracter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito);

d)Proximidade da ideia de direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;

e)Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.” (CANOTILHO, 2003, p. 1.160-1)¹⁶.

No entanto, como ressalta José Afonso da Silva, citando a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, os princípios transformam-se em normas-princípios quando inseridos na constituição, posto que “os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.”(SILVA, 2008, p. 92).

Assim, é que Ricardo Cunha Chimenti afirma que:

“É na Constituição que se situam os princípios fundamentais. Ocupam-se no corpo do sistema, dos valores fundamentais e estruturais da sociedade. Estruturam o sistema jurídico de tal modo que as regras hierarquicamente inferiores a eles ficam subordinadas. Os princípios fundamentais são o núcleo da Constituição, fornecendo os valores que o constituinte prestigiou em todos os setores da vida social.” (CHIMENTI, 2004, p. 470).

Ainda ressalta Lucia Valle Figueiredo:

¹⁶ José Afonso da Silva aponta que a compreensão “dessa doutrina exige conceituação precisa de norma e regras, inclusive para estabelecer a distinção entre ambas, o que os expoentes da doutrina não têm feito, deixando assim obscuro seu ensinamento.” (SILVA, 2008, p.92).

“Os princípios constitucionais formam um todo coerente, espelham os valores do Estado Democrático de Direito e norteiam toda a conduta administrativa.” (FIGUEIREDO, 2006, p. 65).

Nesta esteira, separamos alguns princípios que entendemos relevantes para a gestão e aplicação dos recursos dos fundos de reparação previstos no artigo 13 da LACP.

Em primeiro lugar, há que se frisar que na sua quase totalidade, os fundos são de natureza pública, constituindo-se um órgão público. Desta forma, já de início é possível inferir-se que a tais fundos são aplicáveis os princípios constitucionais previstos no artigo 37, “caput”, da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Celso Antônio Bandeira de Mello assim conceitua o princípio da legalidade:

“É, em suma: a consagração da idéia de que o Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é a atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de ‘comandos complementares à lei’.” (MELLO, 2006, p. 89).

De acordo com Hely Lopes Meirelles:

“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’.”(MEIRELLES, 2003, p. 86).

Lucia Valle Figueiredo ainda destaca:

“Todavia, o princípio da legalidade não pode ser compreendido de maneira acanhada, de maneira pobre. E assim seria se o administrador, para prover, para praticar determinado ato administrativo, que dispusesse exatamente para aquele caso concreto.

Ora, assim como o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, faltante.” (FIGUEIREDO, 2006, p. 42)

O princípio da impessoalidade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello é aquele pelo qual *“se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas. Nem favoritismo nem*

perseguções são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.” (MELLO, 2006, p. 102)¹⁷.

De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro o referido princípio deve ser “*observado em relação aos administrados como à própria Administração.*” Em relação aos administrados, deverá ser observada “*a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento*”. Em relação à Administração Pública, significa que os atos praticados “*não são imputáveis ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública*” (PIETRO, 1999, p. 64).

Precioso também é o conceito de princípio da moralidade administrativa fornecido por Celso Antônio Bandeira de Mello:

“*De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. (...) Segundo, os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhança, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.*” (MELLO, 2006, p. 107)¹⁸.

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“*Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa*

¹⁷ Celso Antonio Bandeira separa o princípio da impessoalidade do princípio da finalidade. Já Maria Sylvia Zanella di PIETRO (1999, p. 64) e Hely Lopes MEIRELLES (2003, p. 89) não fazem esta diferenciação, por entenderem que o princípio da impessoalidade é sinônimo do princípio da finalidade.

¹⁸ Marino PAZZAGLINI FILHO vê o princípio da lealdade e da boa fé de forma autônoma, como um princípio constitucional implícito, e não inserido no princípio da moralidade (2002, p. 39).

administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.” (PIETRO, 1999, p. 71).

O princípio da publicidade, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, é aquele em que se consagra “*o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º., parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.*” (MELLO, 2006, p. 102).

Marino Pazzaglini Filho complementa:

“*Entende-se pelo princípio da publicidade o acesso difuso do público aos dados das atividades da administração, seja pela publicação na imprensa oficial e na imprensa comum, seja pela prestação de contas de seus atos, ou pelo fornecimento de informações de interesse geral ou particular, quando solicitadas nos órgãos públicos, sob pena de responsabilidade. A publicidade confere transparência à gestão da coisa pública e permite seu controle interno e externo.*” (PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 31).

Segundo Hely Lopes Meirelles: “*O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.*” (MEIRELLES, 2003, p. 94).

Percuciente é a observação de Alexandre de Moraes sobre este tema:

“*Assim, princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do*

Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.” (MORAES, 2002, p. 302).¹⁹

Há que se mencionar, ainda, a lição de Lucia Valle Figueiredo sobre o tema:

“Deveras, tal controle deverá ser exercido não apenas sobre a legalidade, mas também sobre a legitimidade e economicidade; portanto, praticamente chegando-se ao cerne, ao núcleo, dos atos praticados pela Administração Pública, para verificação se foram úteis o suficiente ao fim a que se preordenavam, se foram eficientes.” (FIGUEIREDO, 2006, p. 65).

Também relacionado com o princípio da eficiência, deve ser lembrado o princípio da economicidade. De acordo com Marçal Justen Filho:

“A economicidade consiste em considerar a atividade administrativa sob prisma econômico. Como os recursos públicos são extremamente escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de quantitativo e qualitativo. Há dever de eficiência gerencial que recai sobre o agente público. Ele tem o dever de buscar todas as informações pertinentes ao problema enfrentado.” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 73).

E acrescenta:

“Mas economicidade significa, ainda mais, o dever de eficiência. Não bastam honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe a adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. Toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável a enfoque de custo-benefício. O desenvolvimento da atividade implica a produção de custos em diversos níveis. Assim, há custos relacionados com o tempo, com a mão-de-obra etc. Em contrapartida produz certos benefícios – também avaliáveis em diversos âmbitos.” (idem, p. 73).²⁰

Além desses princípios constitucionais previstos de forma explícita no artigo 37, “caput”, da Constituição Federal, vários autores apontam outros princípios constitucionais administrativos previstos em outras normas constitucionais ou previstos implicitamente na

¹⁹ Ainda de acordo com Alexandre de Moraes, o princípio da eficiência possui as seguintes características: a) direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum; b) imparcialidade; c) neutralidade; d) transparência; e) participação e aproximação dos serviços públicos da população; f) eficácia; g) desburocratização; e h) busca da qualidade (MORAES, 2002, p. 304 a 307).

²⁰ Pelas lições até aqui expostas, já se verifica a necessidade de planejamento e fiscalização na gestão dos fundos. O planejamento é necessário para se buscar uma atuação mais eficiente, utilizando-se dos recursos públicos de forma mais adequada. Neste aspecto há que se lembrar o dito popular de que mais vale a pena prevenir do que remediar. Além disso, a fiscalização é necessária para se evitar desvios e se ordenar os recursos públicos de acordo com o que foi planejado. Portanto, não é possível ser eficiente se não houver planejamento e fiscalização.

Constituição Federal. Entre eles destacam-se: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, princípio da razoabilidade e/ou da proporcionalidade e o princípio da motivação.

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina-nos que de acordo com o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado o Estado pode “*constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais.*” Além disso, decorre de tal princípio a exigibilidade do ato, com a previsão de sanções por seu descumprimento, a auto-executoriedade do ato administrativo e a autotutela dos atos administrativos. Ressalta ainda o citado autor que este poder não é ilimitado. Ao contrário, a Administração Pública tem um poder-dever, devendo ficar adstrita ao cumprimento da finalidade pública (MELLO, 2006, p. 85 a 88).

O princípio da razoabilidade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

“*Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discreção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o sendo normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discreção manejada.*” (MELLO, 2006, p. 97).

Já o princípio da proporcionalidade, segundo o mesmo autor:

“*Este princípio enuncia a idéia – singela, aliás, quanto freqüentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.*” (obra citada, p. 99).

Não obstante, faça esta diferenciação conceitual, o próprio Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que “*o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade.*”(idem, p. 99)²¹.

O princípio da motivação, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, “*implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último aclaramento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.*” (MELLO, 2006, p. 100).

De acordo com o citado autor, o fundamento constitucional de tal princípio está de forma implícita no artigo 1º., inciso II, c.c. o artigo 5º. , XXXV, ambos da Constituição Federal. Há que se frisar que o princípio da motivação é aplicável ao ato administrativo vinculado e discricionário, assumindo maior relevância em relação a este último. Isso porque, o ato administrativo discricionário implica em uma escolha, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, conforme os ditames da lei. Logo, a fundamentação de tal escolha é medida que se impõe, para a apuração de sua adequação à norma legal invocada pelo agente público responsável por sua elaboração.

Marino Pazzaglini Filho ainda cita o princípio da boa gestão pública como um princípio implícito:

“*Decorre, pois, da essência dos princípios constitucionais expressos estudados, o implícito de boa gestão administrativa, que consiste no dever jurídico da Administração Pública de adotar em sua atuação a medida técnica legal admissível a seu alcance manifestamente razoável, eficaz, para promover o bem comum.*” (PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 40).

Contudo, em que pese tal entendimento, parece-nos que a hipótese retro citada já está abarcada pelo princípio da eficiência. No entanto, parece-nos que a lição referida bem expõe, em síntese, que a Administração Pública tem por finalidade promover o bem comum.

²¹ No mesmo sentido: Maria Sylvia Zanella di PIETRO (1999, p. 72) Hely Lopes MEIRELLES (2003, p. 90-1) e Marino PAZZAGLINI FILHO (2002, p. 38), entre outros. Contra: Lúcia Valle FIGUEIREDO (2006, p. 51) e Emerson GARCIA e Rogério Pacheco ALVES(2006, p.87). Os dois últimos, em obra conjunta, concebem “*o princípio da razoabilidade como indicador de uma relação de natureza lógica entre meios e fins, enquanto que ao princípio da proporcionalidade é atribuído um conceito mais amplo, alcançando outros aspectos da intensidade do ato, que deve ser adequado, necessário e proporcionar benefícios maiores do que os maléficos gerados, terminando por assumir grande relevância na medida em que evita a imposição de restrições aos direitos individuais em intensidade superior à necessária preservação do interesse público.*” (GARCIA e ALVES, 2006, p. 57).

Nesta linha de pensamento, também podem ser invocados para pautar a gestão e o funcionamento dos fundos de reparação, entre outros, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Como bem salienta Lúcia Valle Figueiredo:

“Portanto, os princípios gerais de Direito, ainda que não sejam positivados explicitamente, devem pelo aplicador da lei ser respeitados, porque conaturais ao Estado de Direito, como proclamado no art. 1º. da Constituição. De conseguinte, os princípios gerais de Direito serão vetores interpretativos, mormente quando não houver norma expressa para contrariá-los.

Alguns desses princípios encontram – como, aliás, não poderia deixar de ser – guarida expressa no próprio texto constitucional, como, por exemplo, o princípio da legalidade e o da igualdade e o da separação de poderes. Alguns outros, nesta Constituição, como o da dignidade da pessoa humana, embora se pudesse admitir estarem presentes em qualquer ordenamento jurídico, sobretudo de um Estado Democrático de Direito, passaram a ter existência própria.” (FIGUEIREDO, 2006, p. 41).

O princípio da igualdade (artigo 5º., “caput”, da Constituição Federal) deve ser lembrado pelo legislador e pelo aplicador da lei para se ressaltar que deve-se “*buscar não somente a igualdade formal, mas, principalmente, a material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, a fim de se atingir a tão prestigiada igualdade.*” (LENZA, 2003, p. 460).

Já o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º., inciso III, da Constituição Federal, deve ser lembrado porque, nas palavras de Rizzato Nunes: “*É ela, a dignidade, o último arcabouço da guarida dos direitos individuais e primeiro fundamento de todo o sistema constitucional.*” E continua: “*E esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no texto constitucional.*” Por fim, questiona: “*Como é que se poderia imaginar que qualquer pessoa teria sua dignidade garantida se não lhe fosse assegurada saúde e educação? Se não lhe fosse garantida sadia qualidade de vida, como é que poderia afirmar sua dignidade?*” (NUNES, 2009, p. 24-5)²².

²² O próprio autor utiliza a expressão piso mínimo vital, afirmado por Celso Antonio Pacheco Fiorillo, para significar que há que se respeitar o conteúdo mínimo referente aos direitos sociais (artigo 6º. da CF) e ao meio ambiente (artigo 225, “caput”, CF). Carlos Augusto Alcântara Machado, em seu texto intitulado “A fraternidade como categoria Constitucional”, menciona:

No mesmo sentido, cabe aqui repertir a lição de Regina Vera Villas Bôas, no texto intitulado “Concretização dos postulados da Dignidade da Condição Humana e da Justiça”:

“Entender o instituto, por essa lente, é torná-lo poderoso instrumento jurídico da atual conjuntura sociojurídico-econômica nacional, que se consolida com o reconhecimento das normas jurídicas, dos princípios e dos postulados, abrangentes de todos os ramos e de todas as esferas alcançadas pelo direito. Tem-se, por exemplo, normas jurídicas de grande expressão social, como as que expressam a principiologia do Código de Defesa do Consumidor; que determinam a proteção do idoso, da criança e do adolescente; que impõem o dever de preservação, conservação e respeito ao meio ambiente; as que dispõem sobre os deveres e obrigações a serem seguidos e respeitados nas relações privadas. São muitos os princípios que conduzem os institutos jurídicos em direção ao cumprimento da finalidade do direito, como o da indenização pelos danos, os da boa-fé objetiva; da função social dos institutos jurídicos, entre os quais se encontram a propriedade, o contrato, a família, etc.; o princípio da imputação civil dos danos; da defesa do consumidor na relação de consumo; da proteção absoluta da criança e do adolescente; da preferência que deve ser dada ao idoso na utilização dos espaços públicos; o da disponibilidade, por parte do deficiente físico, dos espaços públicos adaptados à sua deficiência, conforme previsto na legislação especial; o princípio da precaução, prevenção, proteção e preservação do meio-ambiente ecologicamente sadio, que há de ser salvaguardado para a presente e futuras gerações etc. Todos eles – normas e princípios – devem fortalecer os postulados do direito originados das necessidades e dos interesses humanos, comprometendo o Direito e a Ética com o desenvolvimento da doutrina da solidariedade e, como esse espírito, buscando a realização do bem comum, da paz, da justiça e do amor, eles todos, alicerces e fundamentos (sociais e jurídicos), das relações humanas com vistas à efetividade dos postulados da Justiça e da Dignidade da Condição Humana.” (BÔAS, 2011, p. 123-4).

E assim conclui Carlos Augusto Alcântara Machado:

“Tal conteúdo mínimo da dignidade, identificado como núcleo essencial, mínimo existencial, minimum invulnerável e ou mesmo como o coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa, não pode deixar de ser concebido com caráter absoluto.

Como elemento intrínseco ao ser humano não será objeto de concessões, de mitigações ou de relativizações. É o núcleo; é o mínimo e, em nenhuma hipótese, dará espaço a outro princípio eventualmente em conflito.” (in Princípios Humanistas Constitucionais, Reflexões sobre o humanismo do Século XXI, Editora Letras Jurídicas, São Paulo, 2010, p. 95).

“Recorde-se que o homem é anterior ao Direito e ao Estado. Acima e antes de qualquer coisa tem o direito de ser reconhecido como homem/pessoa. E não há homem/pessoa destituído de dignidade da pessoa humana. Depois, cabe ao Direito assegurar que as relações entre os homens se desenvolvam regularmente.” E conclui: *“Em cada ser humano habita, num certo sentido, toda a Humanidade. O outro também sou eu. Tudo se reduz à unidade. Tudo é ‘um’.”* (SOUZA, 2010, p. 96).

Portanto, parece-nos indissociável o princípio da dignidade da pessoa humana com os direitos metaindividualis, posto que a salvaguarda de tais bens e interesses tem por fim último a própria preservação da espécie humana, a fim de proporcionar a todos uma condição de sobrevivência digna. A dignidade de cada pessoa se projeta no todo, de forma difusa, coletiva ou individual homogênea. Assim, essa totalidade (metaindividual) não é apenas uma abstração jurídica, mas, acima de tudo, uma reunião de direitos e bens que interessam a cada pessoa que faz parte desse todo. Desta forma, por exemplo, a preservação do meio ambiente tem por fim resguardar não só a natureza, mas acima de tudo o ser humano, posto que aquela é o seu habitat natural. Tal fato não pode ser desprezado pelos conselhos gestores dos fundos de reparação para a utilização dos recursos de tais fundos.

Podemos, ainda, em acréscimo aos princípios já citados, alinhavar mais dois: o princípio participativo e o princípio da prevenção.

A democracia, segundo José Afonso da Silva, “*repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; (b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular”*(SILVA, 2008, p. 131).

Tal regime, representa a democracia semidireta, presente em nossa Constituição Federal no artigo 1º., parágrafo único²³.

Como bem lembrado por Alexandre de Moraes:

²³ Como adverte J.J. Gomes Canotilho:

“O exercício do poder directamente pelo povo – democracia directa – pressupõe uma estrutura territorial e social praticamente inexistente na época actual. O arquétipo dos ‘Town Meeting’ americanos ou dos ‘Landsgemeinde’ suíços desapareceu quase por completo nas democracias constitucionais complexas (cfr. entre nós, art. 245.º/2 da CRF, onde se prevê o ‘plenário de cidadãos eletores’). Não desapareceram, porém, os mecanismos políticos-constitucionais de democracia semi-directa, progressivamente presentes nas constituições modernas de vários Estados”. (CANOTILHO, 2003, p. 294-5).

“Como é possível verificar, a partir do Direito Constitucional comparado, modernamente a soberania popular é exercida em regra por meio da Democracia representativa, sem contudo descuidar-se da Democracia participativa, uma vez que são vários os mecanismos de participação mais intensa do cidadão nas decisões governamentais (plebiscito, referendo, iniciativa popular), bem como são consagrados mecanismos que favorecem a existência de vários grupos de pressão (direito de reunião, direito de associação, direito de petição, direito de sindicalização).” (MORAES, 2004, p. 132).

Desta forma, segundo José Afonso da Silva:

“O princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo.” (SILVA, 2008, p. 141).

José Afonso da Silva ainda lembra muito bem de um importante instituto da democracia semidireta: a ação popular, prevista no artigo 5º., inciso LXXIII, da CF²⁴.

É perceptível que a Constituição Federal permite a participação popular direta, como forma de dar legitimidade ao poder. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto denomina de princípio da participação comunitária, que significa “*a integração da comunidade nos processos de definição, implantação e execução de políticas públicas ligadas à proteção ambiental.*” (COSTA NETO, 2003, p. 39).

No mesmo sentido, Natascha Trennepohl:

“O princípio da participação do cidadão na proteção do meio ambiente está previsto no art. 225 da Constituição Federal, na medida em que todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas também o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (TRENNEPOHL, 2010, p. 16).

Embora o foco dos citados autores seja o meio ambiente, onde encontra fundamento constitucional e legal, parece-nos que tal princípio irradia-se aos fundos de reparação, posto que estes nada mais são do que instrumentos para a devida preservação e reparação dos interesses difusos e coletivos, dentre eles o meio ambiente.

Assim, conclui Nicolao Dino de Castro e Costa Neto:

²⁴ Como salienta Hely Lopes Meirelles:

“É um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga.” (MEIRELLES, 2006, p. 130).

“Não obstante as dificuldades acima apresentadas, o princípio da participação representa a idéia de que se faz imprescindível o engajamento efetivo dos titulares do direito difuso ao meio ambiente sadio nos processos de definição e execução das políticas voltadas a essa temática. Tal participação guarda, aliás, plena consonância com a diretriz firmada no princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro, referente à Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, de 1992(‘A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados...’).

No plano constitucional, como já referenciado, pode-se captar a inspiração do princípio da participação no campo da proteção ambiental no ‘caput’ do art. 225, CF, que alude ao dever da coletividade de defender e preservar o meio ambiente.” (COSTA NETO, 2003, p. 46).

Tais fundamentos constitucionais já seriam suficientes para justificar a aplicação do princípio participativo aos fundos de reparação. Contudo, nosso legislador infraconstitucional também adotou tal princípio, por meio da norma do artigo 13, “caput”, da Lei nº. 7.347/85, quando afirma que o fundo será gerido por um Conselho Federal e por Conselhos Estaduais *de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade.*

Como bem lembrado por Álvaro Luiz Valery Mirra:

“No tocante à composição dos conselhos gestores dos fundos, no âmbito federal e estadual, deve ser anotado que a Lei n. 7.347/85 impôs a participação obrigatória do Ministério Público e de representantes da comunidade, ao lado de membros e entidades do Poder Público, dada a natureza dos bens e direitos protegidos – como o meio ambiente, qualificado juridicamente como bem de uso comum do povo -, pertencente à coletividade.” (MIRRA, 2002, p. 366).

No mesmo sentido, adverte-nos José dos Santos Carvalho Filho:

“Por outro lado, os interesses metaindividuais têm como titulares grupos integrantes da própria comunidade. Nada mais razoável, por isso mesmo, que tenha ela um representante para auxiliar na gestão do fundo que vai exatamente direcionar-se à reconstituição de bens lesados.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 393).

Parece-nos óbvia a intenção do legislador: dar legitimidade e efetividade aos fundos de reparação, permitindo-se a participação popular direta.

Ademais, parece-nos que a participação popular se faz necessária não somente em relação à composição do conselho gestor, mas também em relação à própria finalidade dos fundos: devida utilização de seus recursos. Assim, também se deve permitir a o acesso a qualquer do povo para a apresentação de projetos juntos aos fundos de reparação.

O último princípio a que nos reportamos, embora tenha origem na defesa do meio ambiente, parece-nos que também tem um significado que se expande aos demais interesses metaindividuais. Trata-se do princípio da prevenção. Aliás, tal princípio também é correlato ao princípio da eficiência.

De início é preciso frisar que não ignoramos a divisão doutrinária que se estabelece entre precaução e prevenção. Adotando o entendimento de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, parece-nos que o artigo 225, “caput”, da Constituição Federal, não faz esta diferenciação. Logo, para o citado autor:

“Assim, concluímos que no plano constitucional o art. 225 estabelece efetivamente o princípio da prevenção, sendo certo que o chamado ‘princípio da precaução’, se é que pode ser observado no plano constitucional, estaria evidentemente colocado dentro do princípio constitucional da prevenção.” (FIORILLO, 2010, p. 117-8).

Desta forma, para nós o princípio constitucional da prevenção abarca as hipóteses que se afirma ser de precaução, posto que é mais abrangente. No entanto, boa parte da doutrina faz esta diferenciação, motivo pelo qual não podemos nos furtar à sua explicitação.

Desta maneira, adotando a lição de Paulo Affonso Leme Machado, é possível afirmar que o princípio da precaução está descrito na Declaração do Rio de Janeiro de 1992:

“O Princípio 15 diz: ‘De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.’” (MACHADO, 2009, p. 70).

Como se vê, o referido princípio afirma que a falta de certeza científica não pode ser óbice para a preservação do meio ambiente. Este princípio passou a ser introduzido pela doutrina a partir da constatação do que se denominou chamar de “sociedade de risco”, sendo este

conceito originalmente concebido pelo autor alemão Ulrich Beck²⁵. Logo, hoje passamos a viver em uma sociedade onde os riscos nem sempre podem ser previstos e evitados. Para estas hipóteses, onde não haja certeza científica absoluta sobre os riscos é que incidirá o princípio da precaução. Ou seja: na dúvida (se há ou não risco de dano) não se deve agir.

Já o princípio da prevenção está previsto no artigo 225, “caput”, da Constituição Federal, estabelecendo que o poder público e a sociedade deverão proteger e preservar o meio ambiente, deixando de praticar condutas que possam causar danos ao meio ambiente. A Carta Magna não descarta a possibilidade de que possa haver danos irreversíveis ou irreparáveis. Também não descarta a possibilidade de haver danos ambientais reversíveis ou reparáveis. Para todas estas hipóteses, o princípio da prevenção determina que se deva evitar, ou ao menos, diminuir o máximo possível, os danos ambientais a serem provocados. Não se deve apenas prevenir os danos irreversíveis ou irreparáveis; deve-se também prevenir condutas lesivas que provoquem danos reversíveis ou reparáveis, buscando-se uma maneira em que se polua o mínimo possível.

Assim, quando há certeza científica de que uma conduta irá causar danos ambientais, deverá ser aplicado o princípio da prevenção; quando há incerteza sobre a ocorrência dos danos ambientais, há que se aplicar o princípio da precaução. Nas duas hipóteses a finalidade e o efeito são um só: evitar danos.

Parece-nos, ainda, que tal princípio tem também outra conotação: obrigar a sociedade em geral e o Estado a adotarem medidas preventivas, com o intuito de se evitar a ocorrência de danos. Tal visão não tem sido devidamente explorada pela doutrina, no nosso entender. Neste sentido, mostra-se imprescindível a busca de uma estrutura organizacional, no qual se prestigie a adoção de planejamento. É preciso planejar para melhor utilizar os recursos públicos, que são escassos, com a finalidade de se buscar ações preventivas, evitando-se a ocorrência de novos danos e de gastos desnecessários. O planejamento e a utilização dos recursos em ações preventivas significam, a longo e médio prazo, uma economia aos Cofres Públicos, tornando a ação adotada mais eficaz, posto ser aplicável o velho ditado: “mais vale prevenir do que remediar.” O que significa, por outras palavras, dizer: é mais barato prevenir do que reparar.

Portanto, os fundos de reparação também deverão pautar as suas decisões e a utilização de seus recursos pautados no princípio da prevenção, priorizando, sempre que possível,

²⁵ Ver *Risk Society: towards a new modernity*. London: Sage, 1993.

as ações preventivas, de forma planejada. Daí a importância de financiamento de programas educacionais de conscientização para a prevenção de novos danos.

Outro fato importante, que não podemos deixar de mencionar, ainda relacionado ao princípio da prevenção, é a de que os fundos não podem substituir a obrigação do causador do dano de repará-lo, de forma integral. Em matéria ambiental, tal fato é retratado pelo princípio do poluidor-pagador. Contudo, segundo nos parece, tal fato não impede que os fundos utilizem seus recursos para a adoção de medidas preventivas que tenham por fim impedir o agravamento do dano já provocado, ainda que de início não tenham sido identificados os causadores do dano. Contudo, tal atitude não pode implicar em substituição de responsabilidade, posto que o causador do dano deverá ser obrigado, ainda que posteriormente, a ressarcir os danos provocados, de forma integral, devendo também ser condenado a arcar com os custos despendidos para tal ação preventiva.

2. DOS FUNDOS

2.1 – Conceito de fundo

De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, entre seus diversos significados, em economia, a palavra fundo significa:

“17 ECON concentração de recursos de diferentes procedências para, mediante financiamentos, se promover a consolidação ou o desenvolvimento de um setor deficitário da atividade pública ou privada 17.1 ECON concentração de recursos de várias procedências para qualquer fim”.

Portanto, fundo nada mais é do que a concentração de recursos de diferentes procedências para serem empregados em uma finalidade preestabelecida. Portanto, podem possuir natureza jurídica de direito público ou privado, dependendo da natureza jurídica de quem o constituiu, da origem dos recursos procedentes e da finalidade a que se propõe. Em regra, não possuem personalidade jurídica, posto que são apenas recursos geridos por determinadas pessoas ou órgãos, a fim de que haja a correta aplicação de seus valores, de acordo com a finalidade para a qual foi constituído. Ou seja, significam apenas a gestão contábil de recursos financeiros para uma determinada finalidade. Contudo, nada impede que tais fundos possam ter personalidade jurídica.

José Rubens Morato Leite, utilizando-se da lição de Antonio Cabanillas Sanchez, afirma que fundo de compensação é *“uma instituição de caráter público, privado ou misto, cuja principal missão é facilitar a indenização dos prejudicados e restaurar o meio ambiente.”*(LEITE, 2003, p. 225).

No nosso estudo não interessa a análise da constituição de fundos de natureza privada. Embora particulares possam constituir um fundo privado para a recuperação ou preservação de bens metaindividuais, tais recursos captados deverão ser exclusivamente privados.

Interessa-nos, aqui, apenas os fundos de natureza pública, instituídos pelo Poder Público em qualquer de suas esferas administrativas (União, Estados e Municípios). Tais fundos são de natureza pública porque constituídos pelo Poder Público, com recursos públicos de

diversas naturezas (embora não se vede a captação de recursos privados, por meio de doação, por exemplo) e para uma finalidade pública qualquer.

Assim, para nos atermos apenas à esfera federal, notamos a existência de diversos fundos, cada qual com sua finalidade específica, tais como:

FUNDO ROTATIVO DA CAMARA DOS DEPUTADOS

FUNDO ESPECIAL DO SENADO FEDERAL

FUNDO ESPECIAL DE ASSIST. FINANC.PART.POLÍTICO

FUNDO DE IMPRENSA NACIONAL

FUNDO DO ARQUIVO NACIONAL

FUNDO ROTATIVO HABITACIONAL DE BRASILIA

FUNDO DO MINISTERIO DA DEFESA

FUNDO DO SERVICO MILITAR

FUNDO AERONÁUTICO

FUNDO AEROVIÁRIO

FUNDO DO EXÉRCITO

FUNDO NAVAL

FUNDO DO ENSINO PROFISSIONAL MARÍTIMO

FUNDO DE CUSTEIO DE PROGRAMAS DE HABITAÇÃO POPULAR

FUNDO FEDERAL AGROPECUÁRIO

FUNDO DE ELETRIFICAÇÃO RURAL DE COOPERATIVAS

FUNDO GERAL DO CACAU

FUNDO DE DEFESA DA ECONOMIA CAFEEIRA

FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO

FUNDO ESPECIAL DE TREINAMENTO E DESENVOLVIMENTO

FUNDO DE ESTABILIDADE DO SEGURO RURAL

FUNDO DE APOIO AO DESENVOLVIMENTO SOCIAL

FUNDO DE GARANTIA A EXPORTAÇÃO

FUNDO DE COMPENSAÇÃO E VARIAÇÕES SALARIAIS

FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR

FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO

FUNDO GERAL DO TURISMO

FUNDO NACIONAL ANTIDROGAS

FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS

FUNDO PENITENCIARIO NACIONAL - FUNPEN

FUNDO NACIONAL PARA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

FUNDO NACIONAL DE SEGURANCA PUBLICA

FUNDO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

FUNDO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL

FUNDO NACIONAL DE SAÚDE

FUNDO DA CENTRAL DE MEDICAMENTOS

FUNDO DE AMPARO AO TRABALHADOR - FAT/MTB

FUNDO DA M ARINHA M ERCANTE

FUNDO DE FISCALIZAÇÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES

FUNDO NACIONAL DE CULTURA

FUNDO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

FUNDO CONST. DE FINANCIAMENTO DO NORTE

FUNDO CONST.DE FINANCIAMENTO DO CENTRO-OESTE

FUNDO CONST.DE FINANCIAMENTO DO NORDESTE.²⁶

Este rol é apenas exemplificativo. O importante é notar que existem fundos de natureza pública para as mais diversas finalidades.

Evidentemente, não nos cabe aqui a análise de cada um destes fundos. No entanto, parece-nos salutar estudarmos os fundos que, na esfera federal, guardam qualquer similitude ou guardem a mesma finalidade com o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, que são os acima

²⁶ Dados obtidos no sítio: “<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/BGU/2002/Volume1/015.pdf>”, acessado em 02/04/2011. Este rol é apenas exemplificativo, posto que há outros fundos. Basta lembrarmos, ainda dos mais recentes, como o Fundo Nacional de Desenvolvimento Nacional (FNDF), instituído pela Lei nº. 11.284/06, em seu artigo 41, e o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (FNMC), instituído pela Lei nº. 12.114/09.

grifados. Assim, ao citado rol podemos acrescentar o Fundo Nacional para o Idoso, Fundo de Defesa do Consumidor e o Fundo Nacional de Mudança do Clima.

Em tese, seria possível estabelecer uma diferença entre fundos de preservação e fundos de reparação. A diferença que nos propomos a fazer é meramente didática. Contudo, visualizamos alguns traços que nos permitem a diferenciação: os fundos de preservação são dotados, basicamente, de dotações orçamentárias e repasse de verbas do órgão instituidor e têm por finalidade precípua a prevenção de danos, sendo destinado a financiar projetos de caráter preventivo. Também podem financiar projetos de reparação de danos, mas esta não é sua finalidade precípua. É o que ocorre, por exemplo, com o Fundo Nacional do Meio Ambiente, como adiante se verá. Já os fundos de reparação são dotados, basicamente, de valores decorrentes de condenações em pecúnia e aplicação de multas, tendo um caráter resarcitório, embora possam também financiar medidas preventivas. É o caso do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Os fundos de preservação têm por finalidade obter recursos financeiros da esfera pública (dotação orçamentária) ou privada para a aplicação de tais recursos para a proteção do bem que visa a resguardar. O bem protegido, neste caso, é específico: defesa do meio ambiente, por exemplo. Já os fundos de reparação têm por finalidade gerir os recursos financeiros obtidos em condenações judiciais em valores, bem como de multas, a fim de se recompor o dano provocado. Porém, nada impede que também possam receber dotações orçamentárias do órgão público a que pertençam, bem como doações de particulares; porém, estas não são a principal fonte de receita de tais fundos. Os bens protegidos, neste caso são amplos: como por exemplo, a reparação de danos a qualquer interesse difuso e coletivo. Contudo, ressaltamos que na prática notamos uma verdadeira simbiose entre as finalidades de tais espécies de fundos. Porém, ousamos assim diferenciar apenas para fins didáticos.

Já José Rubens Morato Leite, utilizando-se da lição de Antonio Cabanillas Sanchez, afirma que existem várias classes de fundos, em virtude de seu modo de operar:

“1. Fundo de garantia, que opera quando a vítima não obteve indenização, não é identificado o responsável ou este é insolvente.

2. Fundo complementar, que atua quando existe um limite máximo de responsabilidade, e este é ultrapassado em função do valor indenizatório apurado.

3. Fundo de indenização, que reembolsa os agentes de navegação e operadores de carga e descarga de petróleo (hidrocarbonetos) pelas responsabilidades que tenham de assumir, por haverem provocado poluição, tais custos da limpeza.

4. Fundo autônomo, que opera quando em caso de danos produzidos por origem não identificada, não sendo necessário buscar os responsáveis; apenas provar o dano sofrido em concreto.” (LEITE, 2003, p. 228).

Há que se frisar que de acordo com o citado autor, um só fundo pode incluir-se nas várias classes acima descritas.

Assim, no subitem 2.4 a seguir, analisaremos as principais espécies de fundos de abrangência nacional voltados à proteção de bens metaindividuais. Os fundos de reparação previstos no artigo 13 da Lei nº. 7.347/85 serão objeto de um tópico à parte.

2.2 – Fundamentos constitucionais dos fundos voltados à proteção e reparação de interesses metaindividuais

De início, é importante notar, que na Constituição Federal há apenas duas normas específicas dirigidas aos fundos em geral. A primeira regra está prevista no artigo 165, §5º., inciso I, e § 9º., inciso II, que estabelecem:

“§5º. A lei orçamentária anual compreenderá:

I – o orçamento fiscal referente ao Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;”

De acordo com o texto, há a exigência constitucional de que os fundos de natureza pública tenham orçamento anual. Conforme ressalta Pinto Ferreira:

“O orçamento fiscal abrange a estimativa das receitas e a fixação das despesas referentes aos Poderes da União, inclusive aos fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, bem como fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.” (FERREIRA, 1994, p. 86).

“§9º. Cabe à lei complementar:

II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.”

Pinto Ferreira, ao comentar tal artigo, ressalta:

“Também cabe à lei complementar fixar as condições para a instituição e funcionamento de fundos, que são instrumentos importantes para as atividades estaduais em áreas de desenvolvimento, provocando o gasto de imensos recursos complementares, que devem ser autorizados.

Tal dispositivo aplica-se não só à União, mas aos Estados, Distrito Federal e Municípios, devendo as Constituições estaduais consigná-lo.” (FERREIRA, 1994, p. 93-4).

No entanto, pela simples leitura de tais dispositivos, verifica-se que tais comandos são dirigidos aos entes federativos instituidores dos fundos. Não é demais frisar que esta lei complementar mencionada acima não é exigência para a criação e disciplina dos fundos, posto que a competência legislativa neste caso é comum, como abaixo se verá.

A segunda norma constitucional está insculpida no artigo 167, inciso IX, da CF. Diz o citado texto constitucional:

“Art. 167. São vedados:

IX – a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa;”

Pinto Ferreira, ao comentar o citado inciso, ressalta que exige-se a prévia “*legislação específica*”. (FERREIRA, 1994, p. 118).

Interessante notar, que as duas normas constitucionais acima referidas estão inseridas no Capítulo II da Constituição Federal, que trata das Finanças Públicas, especificamente na Seção II, referente aos Orçamentos. Por aí se vê a pouca importância dada ao legislador constituinte aos fundos, sejam eles de qualquer natureza.

Não obstante isso, a regra suso citada é de grande importância: somente por meio de lei específica é possível a criação de fundos para a proteção e reparação de interesses e bens metaindividuais. Logo, não se admite mais a criação de tais fundos por meio de decretos ou portarias, práticas usualmente utilizadas antes da Constituição Federal, como se verá adiante.

Há que se mencionar, ainda, que tal legislação específica é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme artigo 23, inciso VI, combinado com os artigos 25, §1º., 30, inciso I, e 32, §1º., todos da CF.

José Afonso da Silva assim classifica as competências em dois grupos:

“(1) competência material, que pode ser: (a) exclusiva (art.21); e (b) comum, cumulativa ou paralela (art. 23); (2) competência legislativa, que pode ser: (a) exclusiva (art.25, §§1º. e 2º.); (b) privativa (art. 22); (c) concorrente (art. 24); (d) suplementar (art. 24, §2º.).”

E complementa:

“...(a) exclusiva, quando é atribuída a uma entidade com exclusão das demais (art. 21); (b) privativa, quando enumerada como própria de uma entidade, com possibilidade, no entanto, de delegação (art. 22 e seu parágrafo único) e de competência suplementar (art. 24 e seus parágrafos); a diferença entre a exclusiva e privativa está nisso, aquela não admite suplementariedade nem delegação; (c) comum, cumulativa ou paralela, reputadas expressões sinônimas, que significa a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra, que pode assim ser exercida cumulativamente (art. 23); (d) concorrente, cujo conceito compreende dois elementos: (d.1) possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa; (d.2) primazia da União no que tange à fixação de normas gerais (art. 24 e seus parágrafos); (e) suplementar, que é correlativa da competência concorrente, e significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas (art. 24, §§ 1º. a 4º.).” (SILVA, 2008, p. 480-1).

Neste aspecto, por exemplo, não é demais mencionar que a norma do artigo 24, inciso VIII, que estabelece a responsabilidade concorrente sobre a responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios é suplementar. No entanto, como advertem Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

“Ocorre lembrar que, nas hipóteses de competências concorrentes próprias, a ausência da norma federal não impede o exercício da competência suplementar estadual. É que, por força do disposto no art. 24, §3º., da Constituição da República, ‘inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena’, dando lugar à chamada competência supletiva dos Estados-membros.” (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2008, p. 275).

Contudo, no que tange à exigência legislativa para a criação dos fundos, a competência legislativa é a denominada comum, na qual os entes federativos agem em pé de igualdade.²⁷ Assim, cabe a cada ente federativo a elaboração de sua lei própria para a criação de fundos de qualquer espécie, de forma independente. Não há sobreposição da competência legislativa da União sobre tal matéria, nem sequer para a edição de normas gerais.

Isso nos parece lógico, posto que os fundos pertencem ao ente federativo que os criou. Portanto, cada qual deverá criar e disciplinar a organização dos fundos de acordo com as regras pertinentes, desde que não contrariem o princípio federativo, ou seja, não ingressem na esfera de competência exclusiva de outro ente federativo (ex.: o Município não pode criar um fundo que arrecade valores de multas administrativas aplicadas por órgãos estaduais e destinadas por lei estadual a outro fundo).

Além do que foi dito, visualizamos no texto constitucional diversas outras normas que fundamentam a existências dos fundos para a preservação e reparação dos interesses metaindividualis.

A primeira norma é aquela que prevê, como direito fundamental, que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (artigo 5º., inciso, XXXII, da CF). Ora, os fundos de preservação e reparação dos interesses metaindividualis são instrumentos para a concretização da referida defesa do consumidor. Da mesma forma, a Constituição Federal estabelece como dever do Estado a proteção dos direitos básicos da criança e do adolescente (artigo 227, “caput”) e do idoso (artigo 230, “caput”). Igualmente, os fundos também servem como órgãos auxiliares para efetivação concreta de tais políticas para a garantia de tais direitos. O mesmo pode ser dito em relação ao meio ambiente, posto que os fundos têm por finalidade a preservação e reparação de danos ao meio ambiente em sentido amplo (artigo 225, “caput” e §3º.) e especificamente do patrimônio cultural brasileiro (artigo 216, § §1º., 4º. e 6º.).

Os fundos também servem para concretizar a proteção da ordem econômica contra abusos, servindo como repositório das sanções aplicadas, além da busca da justiça social,

²⁷ Luiz A. David Araújo e Vidal Serrano N. Júnior denominam tal competência comum de competência concorrente imprópria “*cujo regime jurídico indica a inexistência de limites a cada uma das ordens federativas, ou seja, cada uma delas pode legislar de maneira integral sobre as matérias.*” (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2008, p. 275). E complementam:

“*Destarte, cuidando-se de competência concorrente imprópria, as três ordens federativas exercem competência ilimitada, sem que uma se sobreponha à outra. De todo o modo, os três comandos normativos são de observância obrigatória.*” (idem, p. 276).

conforme preceito do artigo 170 da Constituição Federal. Ademais, os fundos servem como repositório das indenizações em pecúnia aplicadas no caso de infrações ao sistema financeiro, com o fim de servir aos interesses da coletividade, por meio da prevenção e reparação de danos (fls. 192 da CF).

Pode ser invocado também como fundamento para a existência dos fundos o direito de todos em ter uma sadia qualidade de vida, mediante a adoção de políticas sociais e econômicas para a prevenção e redução de riscos de doenças (artigo 196 da CF). Além disso, os fundos devem ainda contribuir para a adoção de políticas educacionais para a conscientização de ações preventivas de danos a bens e interesses metaindividualis (artigo 205 da CF). Os fundos devem também servir como um dos instrumentos para a proteção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiência (artigo 203, inciso IV, da CF).

Evidentemente, os fundos de preservação e reparação dos interesses transindividuais não têm por fim suprir as ausências e deficiências dos serviços estatais nas áreas acima referidas. Tampouco podem substituir a obrigação de terceiros de indenizar os danos por eles causados. Porém, tais fundos, se bem utilizados, indubitavelmente servirão como um importante instrumento de fomento de importantes políticas estatais, desde que voltadas aos interesses metaindividualis.

Além disso, os fundos de preservação e de reparação de interesses metaindividualis, na sua maior parte, são órgãos públicos vinculados à administração pública direta. Desta forma, são aplicáveis aos fundos de natureza pública as normas do artigo 37, “caput”, e seus parágrafos, da CF, principalmente no que tange à aplicação dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e autonomia gerencial, conforme visto. Igualmente, em se tratando de órgão público ou de órgão privado que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos, tais fundos deverão submeter-se à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, prestando contas anualmente, conforme determina o artigo 70, “caput” e seu parágrafo único, da CF. Tal fiscalização é exercida pelo Tribunal de Contas, conforme artigo 70, incisos II e VI, da CF²⁸.

²⁸ Como ressalta José Afonso da Silva:

“O controle externo é feito por um órgão de natureza política que é o Congresso Nacional (ou as Assembléias Legislativas, nos Estados, e as Câmaras Municipais, nos Municípios). Daí desflui que se contamine de inegável teor político, que é amenizado pela participação do Tribunal de Contas, órgão eminentemente técnico.” (SILVA, 2008, p. 758).

Neste sentido, adverte José dos Santos Carvalho Filho:

“Uma das características dos fundos públicos é o controle, direto ou indireto, do Estado. Não poderia deixar de ser assim. Os recursos que o compõem configuram-se como recursos públicos, com o que se caracterizam como bens públicos. Embora possam ter, e geralmente têm, gestores integrantes de diversas áreas da sociedade civil, pertencentes ao campo do direito privado, integram-se no patrimônio do Estado. Desse modo, tem este o dever de fiscalizar a atuação dos gestores e exigir a prestação de contas, isso sem considerar, é lógico, o dever de verificar se os recursos estão sendo vertidos para os fins que inspiraram sua constituição.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 389).

2.3 – Fundamentos legais para a existência dos fundos destinados à reparação dos bens metaindividuais lesados

O fundamento para a existência dos fundos de reparação dos interesses transindividuais está consubstanciado nas regras do artigo 5º., inciso V, da Constituição Federal e dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil (ver subitem 1.2.7.1 retro). Logo, todo aquele que provoca um dano, seja material ou moral, independentemente de culpa, está obrigado a repará-lo. A recuperação do bem metaindividual lesado, em regra, deverá ser em espécie (restabelecer o “status quo ante”), como já visto. Porém, na impossibilidade de recuperação em espécie deverá o infrator indenizar. Além disso, deve-se dar um destino às multas diárias e aos valores decorrentes de qualquer condenação judicial ou aplicação de multas administrativas. Eis a razão de ser dos fundos, posto que servirão para arrecadar tais valores e utilizá-los na recuperação de bens metaindividuais lesados ou na recuperação de outros interesses metaindividuais.

Afinal, como adverte Carlos Alberto de Salles:

“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. Tratando-se de interesse difuso, caracterizado pela indivisibilidade do bem, coloca-se a questão de quem compensar pelo dano sofrido. Nossa disciplina legal, através do artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública, responde a

esta questão com o fundo aqui discutido, ou, em outras palavras, aponta-o como destinatário ou, mais exatamente, intermediário, dessa compensação.” (SALLES, 1998, p. 317).

Por fim, podemos também citar como fundamento para a existência dos fundos de reparação alguns princípios específicos, como aqueles relacionados ao meio ambiente. É o caso do princípio do poluidor-pagador e do princípio do usuário-pagador.²⁹ Além disso, há também normas específicas determinando a obrigação de indenizar no âmbito do direito ambiental e consumerista, conforme já mencionado no subitem 1.2.7.1 retro.

Portanto, o fundamento para a existência dos citados fundos é possibilitar a arrecadação e a destinação de valores em pecúnia para serem utilizados na preservação ou na recuperação de interesses metaindividuais. Trata-se de um instrumento administrativo-contábil.

Cabe aqui repetir a lição de Carlos Alberto de Salles:

“A finalidade do fundo, assim, de maneira nenhuma pode ser vista como de execução, complemento ou exaurimento da sentença, mas como atividade administrativa apenas instrumentalmente relacionada com a prestação jurisdicional, no sentido de permitir a tutela de um interesse que, por princípio, é despersonalizado – ou, mais exatamente comum – de forma pecuniária. Assim, o objetivo do fundo deve também, ser instrumentalmente considerado.” (SALLES, 1998, p. 316).

Eis o grande desafio de tais fundos para poderem ter efetividade.

2.4 – Principais fundos voltados à proteção de interesses metaindividuais

Conforme já mencionado, neste tópico faremos uma breve análise sobre os principais fundos, de abrangência nacional, voltados à proteção de interesses metaindividuais. Evidentemente, não se tem aqui a intenção de esgotar todo o tema, mas apenas oferecer uma visão panorâmica dos principais fundos. Também faremos menção ao FUNBIO, que embora seja um fundo privado, possui abrangência em todo território brasileiro e também tem dotações advindas da administração pública indireta.

²⁹ Para melhor análise quanto à divergência entre o princípio da responsabilização e o princípio do poluidor-pagador, bem como entre o princípio do poluidor-pagador e o princípio do usuário-pagador, consultar a obra de Luciana Stocco BETIOL, 2010, capítulo 4.

2.4.1 – Fundo Nacional do Meio Ambiente

O Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA) é um órgão pertencente à estrutura do Ministério do Meio Ambiente e está inserido em sua Secretaria Executiva, ligado ao Departamento de Fomento ao Desenvolvimento Sustentável.

O citado fundo tem por fim a implementação da Política Nacional do Meio Ambiente, contribuindo como agente financiador. Nos dizeres do artigo 1º. da Lei nº. 7.797/89 tem:

“...o objetivo de desenvolver os projetos que visem ao uso racional e sustentável de recursos naturais, incluindo a manutenção, melhoria ou recuperação da qualidade ambiental no sentido de elevar a qualidade de vida da população brasileira.”

O Fundo Nacional do Meio Ambiente foi criado pela Lei nº. 7.797/89, sendo regulamentada pelos Decretos nº. 3.524/00 e 6.985/09.

Embora possa financiar projetos de recuperação, a finalidade maior é de preservação do meio ambiente.

Paulo de Bessa Antunes menciona que de acordo com o artigo 3º. da Lei nº. 7.797/89:

“O FNMA está submetido ao regime de administração do governo federal por meio de suas agências dotadas de poder de polícia próprios, sendo certo que os seus recursos são aplicados por meio de órgãos públicos dos níveis federal, estadual e municipal ou entidades privadas cujos objetivos estejam em consonância com os do fundo e desde que elas não possuam fins lucrativos.” (ANTUNES, 2000, p. 287-8).

Portanto, podem ser beneficiados pelo Fundo Nacional do Meio Ambiente:

- a) As instituições governamentais, seja de natureza federal, estadual ou municipal;
- b) As instituições não governamentais sem fins lucrativos, com no mínimo dois anos de existência e cadastradas no CNEA ou com finalidade de proteção ao meio ambiente.³⁰

³⁰Conforme informações obtidas em “<http://www.ambiente.sp.gov.br/fontesdecooperacao/nacional/fnma.pdf>”.

Os recursos do Fundo Nacional do Meio Ambiente estão descritos no artigo 2º. da Lei nº. 7.797/89:

“I – dotações orçamentárias da União;

II – recursos resultantes de doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis, que venha a receber de pessoas físicas e jurídicas;

III – rendimentos de qualquer natureza, que venha a auferir como remuneração decorrente de aplicações do seu patrimônio;

IV – outros, destinados por lei.”

Dentre as fontes mencionadas no inciso IV, há que se lembrar dos valores das multas decorrentes de infração administrativa ambiental, nos termos do artigo 73 da Lei nº. 9.605/1998³¹.

O Fundo Nacional do Meio Ambiente apresenta duas propostas de financiamentos: demanda espontânea e demanda induzida:

- “**Demanda Espontânea**, por meio da qual os projetos podem ser apresentados em períodos específicos do ano, de acordo com temas definidos pelo Conselho Deliberativo do FNMA; e

³¹ Diz o artigo 73 da Lei nº. 9.605/1998:

“Art. 73. Os valores arrecadados em pagamento de multas por infração ambiental serão revertidos ao Fundo Nacional do Meio Ambiente, criado pela Lei 7.797, de 10 de junho de 1.989, Fundo Naval, criado pelo Decreto 20.923, de 8 de janeiro de 1932, fundos estaduais ou municipais de meio ambiente, ou correlatos, conforme dispuser o órgão arrecadador.”

O Fundo Naval está instituído no Ministério da Marinha, conforme artigo 1º. do Decreto nº. 20.923/1932 (hoje está vinculado ao Ministério da Defesa). Suas receitas estão descritas no artigo 2º. do citado decreto. De acordo com o artigo 3º. do decreto, os recursos do Fundo Naval deverão ser utilizados, basicamente, para a aquisição de materiais (flutuantes, fixos ou móveis) para a Marinha do Brasil. Assim, embora a Marinha do Brasil possa auxiliar os órgãos públicos ambientais de fiscalização nos confins de nosso país, não nos parece razoável o repasse de tais valores ao citado fundo, posto que não guarda pertinência com o meio ambiente. O material adquirido é para uso exclusivo da Marinha do Brasil, não tendo a função específica de ser utilizado para a fiscalização pelos órgãos ambientais. Ademais, a aquisição de tais materiais cabe exclusivamente à União. Assim, melhor seria que este valor fosse utilizado prioritariamente para a reparação do bem lesado ou a prevenção em um bem similar. Ou ainda, na aquisição de materiais específicos para a utilização dos órgãos ambientais fiscalizadores. Portanto, entendemos que os citados valores arrecadados com as multas administrativas deveriam ser encaminhados apenas a um dos fundos do meio ambiente e não ao Fundo Naval. Após pesquisa, de acordo com as informações obtidas junto ao sítio [“http://www.portaltransparencia.gov.br/receitas/consulta.asp?idHierarquiaOrganizacao=23266&idHierarquiaDetalhe=0&idDirecao=1&idHierarquiaOrganizacao0=1&idHierarquiaOrganizacao1=12745&idHierarquiaOrganizacao2=13232&idHierarquiaDetalhe0=0&Exercicio=2010”](http://www.portaltransparencia.gov.br/receitas/consulta.asp?idHierarquiaOrganizacao=23266&idHierarquiaDetalhe=0&idDirecao=1&idHierarquiaOrganizacao0=1&idHierarquiaOrganizacao1=12745&idHierarquiaOrganizacao2=13232&idHierarquiaDetalhe0=0&Exercicio=2010) verificamos que nenhum valor foi repassado ao Fundo Naval em virtude de multas administrativas ambientais.

Há que se frisar que no ano de 2009 o FNMA arrecadou a quantia de R\$ 33.006,49 com multas administrativas por danos ao meio ambiente; em 2010 tal fundo arrecadou R\$ 9.918.393,23; e em 2011, há previsão de se arrecadar R\$ 6.979.257,00 com as citadas multas, conforme mencionado em [“http://www.portaltransparencia.gov.br/receitas”](http://www.portaltransparencia.gov.br/receitas), acessado em 03/02/2011.

- **Demandas Induzidas**, por meio da qual os projetos são apresentados em resposta a instrumentos convocatórios específicos, ou outras formas de indução, com prazos definidos e direcionados a um tema ou a uma determinada região do país.”(in <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?id=conteudo.monta&idEstrutura=1&idConteudo=9387&idMenu=3490>, acessado em 03/02/2011).

As prioridades na aplicação do Fundo Nacional do Meio Ambiente estão estabelecidas no artigo 5º. da Lei nº. 7.797/89. Há que se mencionar que uma das prioridades são os projetos que tenham área de atuação na Amazônia Legal (artigo 5º., §2º., da citada lei).

O Fundo Nacional do Meio Ambiente possui um Conselho Deliberativo, disciplinado pelo Decreto nº. 3.524/00 e alterado pelo Decreto nº. 6.985/09.

O Conselho Deliberativo é a instância superior do Fundo Nacional do Meio Ambiente e é ele quem define quais projetos serão contemplados pelos recursos disponíveis. O Conselho Deliberativo é presidido pelo Ministro de Estado do Ministério do Meio Ambiente e composto por representantes de organizações não governamentais, do Ministério do Meio Ambiente, do IBAMA, ANA, ABEMA, ANAMMA e do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.³²

Interessante notar que neste Conselho Deliberativo não há participação do Ministério Público Federal.

O Tribunal de Contas da União dispensou o FNMA de apresentar as suas contas, devendo apenas apresentar um relatório de gestão (Instrução Normativa TCU nº. 57, de 27/08/2008). Assim, de acordo com o último relatório de gestão aprovado:

“Ao longo de sua história foram conveniados cerca de 1.400 projetos, incluindo 176 contratos de repasse e 61 cartas de acordo, com investimentos da ordem de R\$ 230 milhões de reais, provenientes do Tesouro Nacional, contrato de empréstimo com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), de acordos internacionais a exemplo do Projeto de Cooperação Técnica Brasil-Holanda, de doações no âmbito do Programa Piloto para Proteção das Florestas Tropicais (PPG7), e de recursos arrecadados pela aplicação da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998).”

E continua:

³²Para maiores informações consultar o sítio <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?id=conteudo.monta&idEstrutura=1&idConteudo=3410&idMenu=9602>.

“O FNMA é hoje o principal fundo público que atua no fomento a projetos de educação ambiental. Até o presente, foram investidos aproximadamente R\$ 33 milhões em 285 projetos no tema. A execução direta desses projetos, em todas as regiões geográficas do País, e tendo em vista as limitações operacionais do Fundo Nacional, não permitiria alcançar resultados tão expressivos. O atingimento da meta da Ação e do objetivo do Programa depende da descentralização de recursos para parceiros de todas as esferas públicas e da sociedade civil.”³³

2.4.2 – Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente

Conforme ensina-nos Hugo Nigro Mazzilli “os valores das multas impostas com base no ECA, excetuadas as decorrentes de sanção criminal que têm destino próprio, reverterão para fundos dos direitos da criança e do adolescente (haverá um Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente, fundos estaduais e fundos municipais).” (MAZZILLI, 2002, p. 396).

Também adverte Válter Kenji Ishida que:

“O valor recolhido em ação civil pública deve ser destinado ao fundo que será gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente. Igual destino terão os valores recolhidos pelas multas relativas a infrações administrativas.” (ISHIDA, 2001, p. 358).

Portanto, os valores arrecadados em virtude de condenações e multas diárias em ações civis públicas, bem como os arrecadados de multas administrativas, que estejam relacionados aos direitos das crianças e dos adolescentes, deverão ser encaminhados a um dos fundos municipais. A multa criminal, como mencionado por Hugo Nigro Mazzilli e por nós já analisado no tópico 1.2.7.3 retro, tem destino próprio (artigo 50 do Código Penal).

Na esfera federal, o Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente foi regulamentado por meio da Lei nº. 8.242/1991 e pelos Decretos nº. 1.196/1994 e 5.089/2004.

A referida lei cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), como órgão vinculado à Presidência da República (artigo 1º., §1º.), tendo o

³³Para maiores informações consultar o sitio: [“http://www.mma.gov.br/estruturas/fnma/_arquivos/relatoriogestaofnma_2009_1.pdf”](http://www.mma.gov.br/estruturas/fnma/_arquivos/relatoriogestaofnma_2009_1.pdf).

Presidente da República o poder de nomear e destituir o presidente do citado conselho. Atualmente tal órgão pertence à Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

O artigo 2º. e seus incisos estabelecem as atribuições do CONANDA, sendo que dentre elas destaca-se a prevista no inciso X:

"X – gerir o fundo de que trata o art. 6º. da lei e fixar os critérios para sua utilização, nos termos do art. 260 da Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990;"

No mesmo sentido o artigo 5º. do Decreto nº. 1.196/94, alterado pelo artigo 2º., inciso VIII, do Decreto nº. 5.089/2004. Aliás, a composição e estrutura do CONANDA também estão disciplinadas no Decreto nº. 5.089/2004 (artigos 3º. e 5º. a 10).

O artigo 6º. da Lei nº. 8.242/1991 instituiu o Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente. O parágrafo único do citado artigo de lei e o artigo 3º. do Decreto nº. 1.196/94 estabelecem as receitas do citado fundo:

- a) Contribuições referidas no artigo 260 do ECA (doações com abatimento no Imposto de Renda)³⁴;
- b) Recursos do orçamento da União (dotações orçamentárias);
- c) Contribuições de governos e organismos estrangeiros e internacionais;
- d) O resultado de aplicações;
- e) Outros recursos que lhe forem destinados.

Os princípios e as finalidades para a aplicação do citado fundo nacional encontram-se descritos nos artigos 2º. e 4º. do Decreto nº. 1.196/94. Contudo, na aplicação dos recursos do fundo, o CONANDA também deverá observar o disposto no artigo 260, §2º., da Lei nº. 8.069/90 (ECA). O artigo 6º. menciona que os recursos do FNCA serão movimentados por meio de uma conta específica em instituições financeiras federais, permitindo a aplicação de seus recursos no mercado financeiro.

No âmbito estadual o fundo deverá ter receita proveniente de dotações orçamentárias do respectivo Estado, além das demais fontes citadas para o fundo nacional³⁵. No

³⁴ Para maiores informações sobre a dedução do imposto de renda das doações ao fundo, consultar o sítio: [“http://www.mp.rs.gov.br/areas/infancia/arquivos/incentivo_fiscal.pdf”](http://www.mp.rs.gov.br/areas/infancia/arquivos/incentivo_fiscal.pdf).

³⁵ Para melhor consulta ver em “<http://www.direitoshumanos.gov.br/conselho/conanda/.arqcon/paramfia.pdf>”.

Estado de São Paulo, o Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente e o Fundo Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente foram criados pela Lei Estadual nº. 8.074/1992 (artigos 1º. e 2º.), regulamentado pelo Decreto Estadual nº. 39.059/1994.

É de se notar que as multas administrativas e as condenações e multas estipuladas em ação civil pública não são destinadas ao FNCA. O artigo 214, “caput”, da Lei nº. 8.069/90 diz que os “valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município.” Assim, as multas administrativas e as multas diárias aplicadas em sede da ação civil pública no Juízo da Infância e Juventude deverão reverter para o fundo gerido pelo CMDCA local. Tal fato não passou despercebido pela arguta análise de Ronaldo Porto Macedo Júnior, no seu texto intitulado “Propostas para a reformulação da lei que criou o fundo de reparação de interesses difusos lesados”:

“Tema que tem passado despercebido aos autores que têm refletido sobre o funcionamento do fundo refere-se ao art. 214 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que determina que os valores das multas cominatórias em ações civis, isto é, das ‘astreintes’, reverterão ao fundo gerido pelo Conselho da Criança e do Adolescente do respectivo município’ (arts. 213 e 214 do ECA).

O texto é claro e impõe a conclusão de que todas as ‘astreintes’ aplicadas em razão de ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos (art. 210 do ECA) reverterão para os Conselhos da Criança e do Adolescente. Ocorre, contudo, que tal dispositivo conflita com o teor da Lei federal 9.008/95, posterior à promulgação do ECA, que em seu art. 1º., §2º., I, afirma constituir recurso do FDD ‘o produto da arrecadação das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da Lei 7.347, de 1985.’

Neste caso, entretanto, uma vez que o dispositivo regulado pelo ECA é norma específica em relação à norma de disciplina do Fundo de Interesses Difusos, o seu conteúdo deve prevalecer. Assim, as multas devidas em razão de ações civis propostas em defesa da criança e do adolescente reverterão diretamente em favor do fundo gerido pelos conselhos municipais da criança e do adolescente.”(MILARÉ, 2002, p. 807-8).

Assim, concordamos com o citado autor de que as multas administrativas e as multas diárias aplicadas no curso da ação civil pública do Juízo da Infância e Juventude constituem receita do fundo gerido pelo CMDCA. Contudo, de acordo com a redação do artigo 214, “caput”, do ECA os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo CMDCA. O citado

artigo de lei não afirma, como faz o artigo 13 da Lei nº. 7.347/85, que havendo *condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado* reverterá ao citado fundo municipal.

Então, há que se indagar: qual o destino das condenações em dinheiro decorrentes de ações civis públicas ajuizadas na área de infância e juventude? Devem reverter ao fundo gerido pelo CMDCA ou a um dos fundos de reparação previstos no artigo 13 da Lei nº. 7.347/85?

Ronaldo Porto Macedo Júnior, embora não afirme expressamente, deixa entender a sua posição de que tais condenações judiciais, que não se constituem em “astreintes”, devam ser revertidas ao fundo de reparação estadual, mencionando que este último fundo não terá a obrigação de criar uma conta específica para receber tais quantias³⁶.

O entendimento do citado autor está de acordo com a redação do artigo 2º. da Lei Estadual nº. 6.536/1989, alterado pela Lei Estadual nº. 13.555/2009, que afirma que cabe ao FID a gestão dos recursos destinados à reparação dos danos ao meio ambiente (...), *bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo no território do Estado.*

De fato, houve uma omissão por parte do ECA em relação ao destino das condenações em pecúnia decorrentes de ações judiciais em defesa dos interesses da criança e do adolescente. Em virtude dessa omissão, a hipótese estaria abarcada pela cláusula geral constante do artigo 1º., §1º., da Lei nº. 9.008/95 e artigo 2º. da citada lei estadual: *qualquer outro interesse difuso ou coletivo.*

Para que houvesse outra destinação, ou seja, para que os valores em dinheiro decorrentes de condenações judiciais em defesa da criança e do adolescente fossem revertidas ao fundo municipal gerido pelo CMDCA haveria necessidade de uma norma específica neste sentido.

Nem mesmo é possível falar-se em uma interpretação teleológica ou sistemática, visto que a norma do ECA (artigo 214, “caput”) somente fala em *valores das multas*. Para se permitir tal interpretação, deveria constar ao menos a expressão *os valores de condenação em dinheiro*, posto que esta última expressão é mais genérica.

³⁶ Afirma ainda o citado autor:

“Uma observação final decorrerá destas considerações. Em face da não reversão das ‘astreintes’ derivadas de ações fundadas no ECA em favor do fundo de interesses difusos e da escassez de pedidos de indenizações que poderiam reverter em favor do fundo, justifica-se que não se proponha a criação de uma conta especial dentro do fundo relativa aos interesses ligados à defesa da infância e juventude.”(MILARÉ, 2002, p. 808).

Contudo, na prática, o que se tem notado é que os valores referentes às condenações judiciais em defesa da criança e do adolescente têm sido encaminhados ao fundo municipal gerido pelo CMDCA do respectivo município, sem que houvesse qualquer oposição, quer do Ministério Público, quer dos fundos estaduais de defesa dos direitos difusos. De fato, em termos de efetividade, é mais lógico que tais quantias, assim como as multas administrativas e “astreintes”, sejam encaminhadas ao citado fundo municipal para serem utilizadas na defesa dos interesses das crianças e adolescentes lesados daquele mesmo município. Ao que parece, a ausência de oposição do conselho gestor dos fundos de reparação estaduais se dá pela pouca quantia decorrente de condenações judiciais envolvendo interesses difusos e coletivos na seara da infância e juventude. No entanto, embora tenha se tornado uma praxe, não podemos nos furtar da análise de que a destinação de condenações judiciais ao fundo gerido pelo CMDCA não encontra respaldo legal, devendo ser elaborada uma norma para a correção de tal falha legislativa em relação ao citado artigo 214, “caput”, do ECA.

Retomando o tema, cabe ao município a criação do CMDCA, órgão responsável pela gestão de tal fundo municipal. Assim, afirma Válder Kenji Ishida:

“Compete ao Município a criação de cada Conselho e, por extensão, a criação de seu fundo.” (2001, p. 358).

Desta maneira, os Conselhos Municipais de Defesa da Criança e Adolescente deverão gerir o respectivo fundo municipal para a criança e adolescente de seus municípios (artigo 88, inciso IV, do ECA)³⁷. Este fundo, como dito, terá receitas advindas de:

³⁷ Interessante notar que o CMDCA não poderá delegar a sua função de gerência do citado fundo. Neste sentido, cabe menção à decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Recurso ‘Ex Officio’ nº. 73.384-0/0 – Comarca de São José dos Campos – TJSP – Relator Des. Sérgio Gomes – j. 08/01/01.

Recurso de ofício em Mandado de Segurança contra Resolução nº. 33/99 do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, que confere competência ao GEA (Grupo de Assessoria Empresarial), órgão estranho ao Conselho, para gerir o Fundo Municipal dos Direitos Da Criança e do Adolescente – Ilegalidade na delegação dessa atribuição, com afronta ao artigo 88 do ECA, que confere competência ao Conselho Municipal para gerir fundo – Recurso improvido.”

Também já se decidiu que o Município está obrigado a repassar a verba ao fundo municipal para a criança e adolescente previsto em orçamento:

“Apelação Cível nº. 25.369-0/6 – Comarca de Cotia – TJSP – Relator Des. Carlos Ortiz – j. 22/02/96.

Ação Civil Pública – Omissão da Municipalidade no repasse de verba, prevista na Lei Orçamentária, para o Fundo administrado pelo Conselho dos direitos da Criança e do Adolescente – Ausência de personalidade jurídica do Fundo não desobriga o cumprimento da Lei Orçamentária – Recurso não provido.” (In Infância e Juventude, Interpretação Jurisprudencial – Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude, Coedição Ministério Público/ Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 2002, p. 305).

- a) doações a que se referem o artigo 260 do ECA;
- b) dotações orçamentárias do município;
- c) valores das multas administrativas e multas diárias decorrentes de ações civis públicas na área da infância e juventude;
- d) outros recursos que lhe forem destinados.

Caberá à lei municipal estabelecer as atribuições, o organograma e a correta forma de aplicação dos recursos do fundo municipal para a criança e adolescente.

Também é digno de menção que o artigo 214, §1º., do ECA estabelece que a execução da multa administrativa cabe ao Ministério Público, ao município e associações voltadas para a defesa da criança e do adolescente (artigo 210, inciso II e III, do ECA). Além disso, caberá ao membro do Ministério Público local a fiscalização do fundo municipal dos direitos da criança e do adolescente (artigo 260, §4º., do ECA).

Por fim, cabe ressaltar que é impossível a análise orçamentária de todos os fundos referentes à defesa dos direitos da criança e adolescente, posto que este não é o foco de nosso trabalho. No entanto, em relação ao Fundo Nacional da Criança e Adolescente, obtivemos os seguintes dados:

“2. Lei Orçamentária Anual 2007 (LOA 2007)

2.1. Disponibilidades

Os recursos do Fundo aumentaram 64,8% ao longo de 2007, relativamente à dotação inicialmente prevista. O crédito extraordinário de R\$ 23,7 milhões, no final do exercício (MP 405, de 18/12/07, em tramitação no Congresso Nacional) explica parte desse avanço. A execução orçamentária do Fundo foi igualmente expressiva, já que dos créditos autorizados, 94,7% foram empenhados, ou seja, R\$ 57,04 milhões, o que representa um aumento de 239% em relação aos R\$ 16,82 milhões empenhados no ano anterior (Em 2006, a dotação inicial do Fundo era de R\$ 50,83 milhões).

Destaque-se que, do saldo residual da dotação autorizada acima, R\$ 3,18 milhões (89,6%) referem-se a doações, as quais tradicionalmente ampliam-se no final do ano e quando não utilizadas, migram para o orçamento do ano seguinte.

2.2. Distribuição dos Recursos, por Programa

Dos R\$ 57,05 milhões empenhados pelo FNCA em 2007, a maior parte (70,65%) foi destinada ao financiamento das ações do Programa “Atendimento Socioeducativo ao

Adolescente em Conflito com a Lei”, ou seja, R\$ 40,3 milhões. Desses, 68,8% foram aplicados no apoio à construção e reforma de unidades de internação restritiva e provisória, o restante foi destinado ao apoio a serviços de atendimento de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas e egressos.

*Outra grande parte dos recursos do Fundo (25,47%, ou R\$ 16,03 milhões) foi aplicada no Programa de Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente. Segundo anotação apostila no Sistema de Informações Gerenciais e de Planejamento (Sigplan), esse Programa visa a “promover a política de atendimento e garantir e a ampla defesa jurídico-social de crianças e adolescentes”.*³⁸

O citado relatório também aponta a expectativa de que os investimentos para 2011 serão de R\$114.000.000 (cento e quatorze milhões de reais).

Porém, apurou-se que no ano de 2009 as receitas do FNCA foram de R\$ 24.273.808,01; em 2010 as receitas do citado órgão foram de R\$ 19.947.016,23; em 2011 há previsão de se alcançar a receita de R\$ 29.288.420,00.³⁹ Portanto, uma realidade muito aquém daquela prevista no citado relatório.

2.4.3 – Fundo Nacional para o Idoso

O Fundo Nacional para o Idoso guarda uma certa similitude com o aquele previsto para a criança e o adolescente.

Inicialmente, o artigo 7º. da Lei nº. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), estabelece a existência de conselhos nacional, estaduais, do Distrito Federal e municipais. A Lei nº. 8.842/1994, em seu artigo 5º., estabelece que caberá aos citados conselhos participar da política nacional do idoso, por meio de supervisão, acompanhamento, fiscalização e avaliação (artigo 7º.). De acordo com o artigo 6º.:

³⁸ Dados obtidos segundo o relatório constante em “<http://www.abmp.org.br/congresso2008/experiencias/Experiencia%20-%20Gestao%20do%20FNCA%202007%20e%20Perspectivas%20para%202008.pdf>” ou “<http://www.direitosdacionca.org.br/midiateca/publicacoes/relatorio-fnca-2013-execucao-orcamentaria-2007-e-perspectivas-para-2008>”, acessado em 10/04/2011.

³⁹ Dados obtidos no sítio: “<http://www.portaltransparencia.gov.br/receita>”, acessado em 11/04/2011.

“Art. 6º Os conselhos nacional, estaduais, do Distrito Federal e municipais do idoso serão órgãos permanentes, paritários e deliberativos, compostos por igual número de representantes dos órgãos e entidades públicas e de organizações representativas da sociedade civil ligadas à área.”

Há que se lembrar que o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (CNDI), assim como o CONANDA, está vinculado à Secretaria Especial dos Direitos Humanos, nos termos do artigo 24, §2º., da Lei nº. 10.683/2003 e do artigo 2º. do Decreto nº. 1.948/1996.

O Fundo Nacional do Idoso foi inicialmente previsto no artigo 115 do Estatuto do Idoso. Porém, foi criado por meio da Lei nº. 12.213/2010. Ficou determinado que caberá ao Conselho Nacional dos Direitos do Idoso a gestão do referido fundo nacional.

De acordo com o artigo 1º. da Lei nº. 12.213/2010:

“Art. 1º Fica instituído o Fundo Nacional do Idoso, destinado a financiar os programas e as ações relativas ao idoso com vistas em assegurar os seus direitos sociais e criar condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

Parágrafo único. O Fundo a que se refere o caput deste artigo terá como receita:

I - os recursos que, em conformidade com o art. 115 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, foram destinados ao Fundo Nacional de Assistência Social, para aplicação em programas e ações relativos ao idoso;

II - as contribuições referidas nos arts. 2º e 3º desta Lei, que lhe forem destinadas;

III - os recursos que lhe forem destinados no orçamento da União;

IV - contribuições dos governos e organismos estrangeiros e internacionais;

V - o resultado de aplicações do governo e organismo estrangeiros e internacionais;

VI - o resultado de aplicações no mercado financeiro, observada a legislação pertinente;

VII - outros recursos que lhe forem destinados.”

Como dito, o referido fundo guarda similitude com o Fundo Nacional da Criança e do Adolescente, inclusive quanto às fontes de receita. As doações aos fundos nacional, estaduais ou municipais também poderão ser em parte abatidas do Imposto de Renda (artigos 2º. e 3º. da Lei nº. 12.213/2010).

Os fundos estaduais também deverão ser criados por meio de leis de seus respectivos estados, devendo tais fundos receber dotações orçamentárias do Estado, além de receitas iguais ao do fundo nacional, com exceção do artigo 1º., parágrafo único, inciso I, por questões óbvias. No Estado de São Paulo, até o ano de 2010, não foi criado o fundo estadual para o idoso. No entanto, a Lei Estadual nº. 9.499/1997 criou a Fundação de Amparo ao Idoso, cujo texto encontra-se consolidado na Lei Estadual nº. 12.548/2007 (artigos 29 a 40). Referida fundação pública é detentora de personalidade jurídica e tem como objetivo a defesa dos direitos dos idosos, sendo as suas atribuições descritas no artigo 32 da mencionada lei estadual. Entre tais atribuições destaca-se a do inciso VII, que permite a celebração de convênios e contratos com órgãos ou entidades públicas e privadas. Já o artigo 33 da mencionada lei estadual descreve a constituição do patrimônio da fundação, qual seja: a) dotações que lhe venham a ser atribuídas pelo orçamento do Estado; b) doações, legados, auxílios e contribuições que lhe venham a ser destinados por pessoas de direito público ou privado; c) bens que vier a adquirir a qualquer título; e d) renda de seus bens patrimoniais e outras de natureza eventual. Assim, no nosso entender, a citada fundação pública acaba por fazer a função de fundo estadual no Estado de São Paulo.

Já os fundos municipais deverão ser instituídos por meio de lei municipal. Além das fontes de receitas idênticas aos dos fundos nacional e estaduais, com a observação que a dotação orçamentária neste caso é do município, os Fundos Municipais do Idoso deverão receber os valores das multas administrativas, bem como dos valores das multas diárias fixadas em ações civis públicas ajuizadas para a defesa dos direitos dos idosos (artigo 84 do Estatuto do Idoso)⁴⁰.

Em relação às condenações judiciais em pecúnia, decorrentes de ações metaindividuals para a defesa do idoso, cabe as mesmas observações anteriormente feitas em relação ao artigo 214, “caput”, do ECA. O artigo 84 do Estatuto do Idoso também somente fala em *valores das multas* e não em *valores em dinheiro* (posto que este termo é mais genérico). Logo, as condenações judiciais em dinheiro decorrentes de interesses difusos e coletivos na defesa do idoso deverão constituir receita dos fundos estaduais de defesa dos direitos difusos.

Cabe a ressalva que enquanto não forem criados os fundos municipais, os valores das multas administrativas e das multas diárias deverão ser revertidos para o fundo municipal de

⁴⁰ Diz o artigo 84 da Lei nº. 10.741/2003:

“Art. 84. Os valores das multas previstas nesta Lei reverterão ao Fundo do Idoso, onde houver, ou na falta deste ao Fundo Municipal de Assistência Social, vinculados ao atendimento ao idoso.”

assistência social. Porém, deverá ser aberta uma conta específica para tais valores, a fim de que o fundo municipal de assistência social possa gerir e utilizar tais verbas para o atendimento dos interesses dos idosos. Após a criação do fundo municipal do idoso, caso haja saldo positivo nesta conta específica, o fundo municipal de assistência social deverá repassar tais valores ao fundo municipal do idoso, conforme aplicação por analogia do artigo 115 do Estatuto do Idoso.

Também caberá ao Ministério Público local a fiscalização da gestão e utilização do fundo municipal do idoso, conforme se verifica pelas normas do artigo 74, inciso VIII, e seu parágrafo 2º., do Estatuto do Idoso.

No que tange ao Fundo Nacional do Idoso, de acordo com a informação do sítio “<http://blog.planalto.gov.br/governo-cria-fundo-nacional-do-idoso/>”, a Lei nº. 12.213/2010 passou a vigorar em 01/01/2011 por questões de contabilidade e fiscal. De qualquer forma o artigo 5º. da citada lei prevê expressamente que a referida lei deverá entrar em vigor na data acima referida. Assim, os recursos de tal fundo estão sendo constituídos neste ano, não havendo ainda relatório de gestão e aplicação de valores arrecadados. No entanto, no sítio referente ao Portal da Transparência do Governo Federal⁴¹ não consta previsão de receitas para o citado fundo no ano de 2011.

2.4.4 – Fundo Nacional sobre Mudança do Clima

O Fundo Nacional sobre Mudança do Clima foi criado pela Lei nº. 12.114/2009 e regulamentado pelo Decreto nº. 7.343/2010. O artigo 2º. da citada lei estabelece:

“Art. 2º. Fica criado o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima – FNMC, de natureza contábil, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de assegurar recursos para apoio a projetos ou estudos e financiamento de empreendimentos que visem à mitigação da mudança do clima e à adaptação à mudança do clima e aos seus efeitos.”

O artigo 3º. da Lei nº. 12.114/2009 estabelece quais são os recursos do FNMC:

- a) 60% dos recursos destinados ao Ministério do Meio Ambiente (10% dos recursos da participação especial da produção de petróleo são encaminhados ao

⁴¹ Em “<http://www.portaltransparencia.gov.br/>”, acessado em 10/04/2011.

MMA, que não se confundem com os “royalties”), conforme artigo 50, §2º., inciso III, da Lei nº. 9.478/1997;

- b) Dotações consignadas na lei orçamentária anual da União e seus créditos adicionais;
- c) Recursos decorrentes de ajustes, contratos e convênios celebrados com órgãos e entidades da administração pública federal, estadual ou municipal;
- d) Doações realizadas por entidades nacionais e internacionais, públicas ou privadas;
- e) Empréstimos de instituições financeiras nacionais e internacionais. Interessante notar que a lei permite que o citado fundo faça empréstimos, em nome próprio, sem que tenha personalidade jurídica, o que é um contrassenso.
- f) Reversão dos saldos anuais não aplicados;
- g) Recursos oriundos de juros e amortizações de financiamentos.

O Fundo Nacional sobre Mudança do Clima será administrado por um Comitê Gestor vinculado ao Ministério do Meio Ambiente (órgão a que o fundo está vinculado), assegurada a participação de seis representantes do Poder Executivo federal e cinco representantes do setor não governamental, conforme deverá ser estabelecido em regulamento (artigo 4º. da citada lei). O artigo 10 do Decreto 7.343/2010 especifica a composição do Comitê Gestor. O citado artigo 10 do decreto assegura a participação de doze representantes do poder executivo federal, sete representantes do setor não governamental, um representante de todos os estados da federação e um representante de todos os municípios da federação.

A aplicação dos recursos do FNMC deverá ocorrer na forma prevista no artigo 5º., incisos I e II, da Lei nº. 12.114/2009. Cabe destacar:

- a) O FNMC poderá prestar apoio financeiro reembolsável mediante a concessão de empréstimo, por intermédio do agente operador (inciso I). Há que se destacar que tais financiamentos concedidos com recursos do FNMC terão como agente operador (intermediador financeiro) o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDS (artigos 6º. e 7º.), podendo o BNDS habilitar o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal e outros agentes financeiros públicos para atuarem como agente operador (artigo 7º., parágrafo único, da lei e artigo 6º. do Decreto nº. 7.343/2010). Tal fato é uma novidade no sistema dos fundos, posto que permite ao FNMC funcionar como

agente financeiro habilitado para conceder empréstimos, por meio de recursos próprios, por intermédio de outro agente financeiro público. A única exigência é que a aprovação do financiamento com recursos do FNMC (o que é feito pelo agente operador – intermediador financeiro) seja comunicada imediatamente ao Comitê Gestor do FNMC, mantendo à disposição do referido comitê, de maneira atualizada, os dados de todas as operações (artigo 8º. e seu parágrafo único). Portanto, a aprovação dos projetos financiados com os recursos do FNMC cabe exclusivamente ao agente operador (artigo 8º. do Decreto nº. 7.343/2010). Até mesmo os bens que serão dados em garantia deverão ser determinados pelo agente operador (artigo 6º.). Talvez a intenção tenha sido a concessão de empréstimos a juros mais baixos do que os de mercado, incentivando determinadas ações ou comportamentos por parte daquele que recebeu o empréstimo. Exemplo: financiamento de dinheiro para pesquisas. Tanto que no artigo 9º. foi determinado que o Conselho Monetário Nacional deverá estabelecer normas reguladoras dos empréstimos a serem concedidos pelo FNMC. Há que se frisar, ainda, que a lei prevê até mesmo o máximo de porcentagem (2%) dos recursos financeiros do FNMC poderão ser gastos em pagamentos ao agente financeiro (intermediador) e despesas relativas à administração do fundo e à gestão e utilização de seus recursos, conforme artigo 5º., §3º. Porém, tal atividade financeira é anômala e não deixa de contrariar a finalidade do fundo, que sequer possui personalidade jurídica.

b) O FNMC também poderá prestar apoio financeiro não reembolsável a projetos relativos à mitigação da mudança do clima ou à adaptação à mudança do clima e aos seus efeitos, aprovados pelo Comitê Gestor do FNMC. Esta é a finalidade precípua de qualquer fundo. Tais recursos poderão ser aplicados diretamente pelo Ministério do Meio Ambiente ou transferidos mediante convênios, termos de parceria, acordos, ajustes ou outros instrumentos previstos em lei.

A aplicação dos recursos do FNMC, seja por meio de empréstimo ou por meio de apoio financeiro não reembolsável, poderá ser destinadas às atividades descritas no artigo 5º., §4º., incisos I a XIII. Cabe destacar aqui também a possibilidade de o FNMC custear os pagamentos por serviços ambientais às comunidades e aos indivíduos cujas atividades

comprovadamente contribuam para a estocagem de carbono, atrelada a outros serviços ambientais (inciso XI)⁴².

Há que se mencionar que “*Para 2011, o Comitê dispõe de um orçamento de R\$226 milhões, sendo R\$ 200 milhões reembolsáveis para empréstimos e financiamentos voltados para a área produtiva, cujo agente financeiro será o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Os outros R\$ 26 milhões serão administrados pelo MMA para investir em projetos de pesquisa, mobilização e avaliações de impacto das mudanças do clima, podendo ser repassados para estados e municípios por meio de convênios e termos de cooperação. Trata-se do orçamento inicial, podendo o Fundo ainda receber recursos de outras fontes, inclusive doações internacionais, que venham a ser estabelecidos no âmbito da Convenção do Clima.*” (in “<http://www.ecodebate.com.br/2010/10/27/decreto-regulamenta-fundo-nacional-sobre-mudanca-do-clima-fnmc-ou-fundo-clima/>”, acessado em 12/04/2011). Há que se lembrar que para o ano de 2011 caberá ao Ministério do Meio Ambiente aprovar o plano de aplicação do FNMC, “ad referendum” do Comitê Gestor, nos termos do artigo 13 do Decreto nº. 7.343/2010.

Interessante notar que na Lei nº. 12.187/2009 (Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC) há previsão do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima como um dos instrumentos de tal política (artigo 6º., inciso II). Há que se lembrar que o artigo 8º. da PNMC afirma que as instituições financeiras oficiais deverão disponibilizar linha de créditos e financiamentos para atender aos fins da lei, para induzir a conduta dos agentes privados a uma ação socialmente responsável. No entanto, como visto, o FNMC poderá agir nesta área, desestimulando a atuação de outros órgãos financeiros oficiais, o que não deixa de ser um contrassenso.

Também há possibilidade de criação de fundos nos âmbitos estadual e municipal. Aliás, no Estado de São Paulo, a Lei Estadual nº. 13.798/2009 instituiu a Política Estadual de Mudanças Climáticas – PEMC. Interessante notar que a referida lei, em seu artigo 24, afirma que os “*recursos advindos da comercialização das reduções certificadas de emissões (RCEs) de*

⁴²Tais instrumentos se dão por meio de técnica de incentivo, constituindo-se nos dizeres de Consuelo Yatsuda Moromizato YOSHIDA em sanção positiva ou premial (2006, p. 81). Já Luciana Stocco Betiol afirma que: “*São exemplos desse instrumento os diversos tipos de tributos ambientais, subsídios financeiros, mercados de emissão de gases poluentes, sistemas de depósito-retorno (BARBIERIE, 2004, p. 61 e 71) e, mais recentemente, a introdução do que se tem chamado de licitação sustentável (BIDERMAN [et al.], 2006, p. 26).*” (BETIOL, 2010, p. 73).

gases de efeito estufa que forem de titularidade da Administração Pública deverão ser aplicados prioritariamente na recuperação do meio ambiente e na melhoria da qualidade de vida da comunidade moradora do entorno do projeto.” Portanto, tais valores deverão ser aplicados pela própria Administração Pública, independentemente de um fundo específico para esse fim.

A referida lei também não cria um novo fundo, mas determina que a “*aplicação dos recursos do Fundo Estadual de Recursos Hídricos - FEHIDRO deverá contemplar as mudanças climáticas, a definição das áreas de maior vulnerabilidade e as ações de prevenção, mitigação e adaptação.*” (artigo 25 da citada lei estadual)⁴³.

Assim, no Estado de São Paulo optou-se por adaptar os fundos já existentes (FEHIDRO e FECOP) às finalidades da política estadual de mudanças climática a criar um novo fundo específico. De igual forma, no Município de São Paulo, a Lei Municipal nº. 14.933, de 05 de junho de 2009, que institui a Política de Mudança do Clima no Município de São Paulo, optou por utilizar de recursos de um fundo já existente. O artigo 43 da referida norma determina que os “*recursos do Fundo Especial do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável - FEMA, previsto na Lei nº 13.155, de 29 de junho de 2001, deverão ser empregados na implementação dos objetivos da política ora instituída, sem prejuízo das funções já estabelecidas pela referida lei*”.

2.4.5 – Fundo de Defesa do Consumidor

A norma do artigo 57, “caput”, da Lei nº. 8.078/1990 afirma:

“*Artigo 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento*

⁴³ A FEHIDRO é disciplinada pela Lei Estadual nº. 7.663/1991, alterada pela Lei Estadual nº. 10.843/2001, e regulamentada pelo Decreto Estadual nº. 48.896/2004. Além disso, o artigo 26 da referida lei também menciona que a “*aplicação de recursos do Fundo Estadual de Controle e Prevenção da Poluição - FECOP, de que trata o artigo 2º. da Lei No. 11.160, de 18 de junho de 2002, deverá contemplar as ações e planos específicos de enfrentamento dos efeitos das alterações do clima.*

Parágrafo único - Terão prioridade no acesso aos recursos previstos no caput deste artigo:

1 - as regiões mais atingidas por catástrofes naturais relacionadas ao clima;
2 - os municípios com maiores índices de vulnerabilidade a mudanças climáticas;
3 - os setores da economia mais afetados pelas mudanças do clima;
4 - os municípios que aportem contribuições e contrapartidas ao Fundo.”

administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.”

Portanto, a citada norma cria a possibilidade de que as multas administrativas possam ser revertidas para fundos estaduais ou municipais de defesa do consumidor. Tal questão não passou despercebida por Ronaldo Porto Macedo Júnior, em seu artigo intitulado “Propostas para a reformulação da lei que criou o fundo de reparação de interesses difusos lesados”:

“O dispositivo merece comentário. Em primeiro lugar, é certo que a multa aplicada pelos agentes na esfera federal reverterão para o fundo de interesses difusos federal, isto é, para o fundo regulamentado pela Lei 9.008/95, hoje denominado Fundo de Defesa de Direitos Difusos. A redação do dispositivo, ainda que pouco técnica, dá pouca margem para interpretações alternativas.

Nos demais casos, isto é, no caso de aplicação de multa por agentes no exercício do poder de polícia de esfera estadual e municipal, os fundos não reverterão para o fundo federal. A despeito de omissão do dispositivo, a interpretação sistemática impõe que se entenda que as multas aplicadas por entidades estaduais reverterão para o fundo estadual e as multas aplicadas pelas entidades municipais reverterão para o fundo municipal, quando existente. Afinal, este foi o critério utilizado para a destinação dos recursos oriundos de multas para o fundo federal.” (MILARÉ, 2002, p. 802).

Há que se notar que o citado artigo 57, “caput”, do CDC permite que existam fundos estaduais e municipais específicos para a defesa do consumidor. Contudo, não determina que tais fundos sejam criados. Assim, o Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos previstos na Lei Estadual nº. 13.555/2009 pode receber os recursos de multas administrativas aplicadas com fundamento no CDC, sem que houvesse a necessidade da criação de um fundo específico para esse fim. Contudo, nada impede que o Estado resolva criar um fundo específico para a defesa do consumidor, posto que autorizado por lei. É o que afirma Ronaldo Porto Macedo Júnior:

“Caberia notar, contudo, que a lei não veda a criação de outros fundos de defesa e reparação de interesses difusos, nem seria razoável que o fizesse. Assim, nada impede os legisladores federal, estadual, municipal de criarem outros fundos com a finalidade de defesa dos interesses difusos específicos. Neste caso, no entanto, a fonte dos recursos não poderia

coincidir com aquelas hoje legalmente devidas aos fundos criados pela Lei da Ação Civil Pública.” (obra citada, p. 804).

Com isso, o citado autor menciona que, embora o município possa criar seu próprio fundo de defesa dos direitos do consumidor, as condenações e as multas diárias decorrentes de ações judiciais somente podem constituir receita dos fundos de reparação federal e estaduais previstos no artigo 13 da LACP. Ora, isso não é nenhuma novidade posto que já ocorre em relação aos fundos municipais da criança e do adolescente e aos fundos municipais do idoso, conforme já visto. Assim, os fundos municipais de defesa do consumidor poderiam receber doações, dotações orçamentárias do município, valores decorrentes de multas administrativas e outras receitas especificadas em lei.

Igualmente, se no Estado houver o fundo estadual de defesa dos direitos difusos e o fundo estadual de defesa do consumidor, eles terão receitas diversas. O fundo estadual de defesa do consumidor deverá ter como uma de suas receitas entre outras, dotações orçamentárias estaduais, doações e multas administrativas com fundamento no artigo 57, “caput”, do CDC. Há que se frisar que a norma do artigo 57, “caput”, do CDC é mais restritiva do que a norma do artigo 214, “caput”, do ECA, permitindo ao fundo estadual de defesa do consumidor apenas a reversão de valores decorrentes de multas administrativas. Desta forma, por falta de previsão legal em contrário, as multas diárias e as condenações em pecúnia fixadas judicialmente deverão reverter, obrigatoriamente, ao fundo estadual de defesa dos direitos difusos.

Outra questão ligada ao tema deve ser apreciada. Assim, há que se indagar: caso não exista fundo municipal de defesa do consumidor, qual seria o destino da multa administrativa aplicada no âmbito municipal? Ao contrário do que ocorre com o fundo municipal para a criança e adolescente e com o fundo municipal do idoso, o CDC não prevê a destinação dos valores de tais multas até a criação dos fundos municipais. Em relação aos fundos estaduais, a questão é pacífica: se houver um fundo específico os valores serão a ele destinados; do contrário, os valores das multas administrativas aplicadas por órgãos do Estado em decorrência do CDC deverão reverter para o fundo estadual de reparação dos interesses lesados (no Estado de São Paulo denomina-se Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos, como visto). Mas em relação à multa municipal a questão é mais complexa.

Ronaldo Porto Macedo Júnior sugere que o valor da multa, seja ela estadual ou municipal deva reverter para os próprios órgãos que aplicaram a multa. Assim, afirma:

“É de considerar, contudo, que o princípio que faz reverter ao órgão aplicador das multas os recursos das próprias multas tem sido abandonado pela maioria das entidades que exercem poder de polícia nas três esferas de organização federativa. Não obstante, a constante necessidade de recursos para a modernização e melhoramento de entidades de defesa do consumidor constitui motivo sério a justificar que os recursos das penas de multa aplicadas pelo PROCON e pelo IPEM sejam revertidas para estes mesmos órgãos.” (MILARÉ, 2002, p. 805).

No entanto, ousamos divergir do citado autor. Parece-nos que a reversão dos valores da multa ao órgão que a aplicou não encontra fundamento legal, pelo menos no que atine às multas administrativas aplicadas com fundamento no CDC. Ademais, a finalidade de tais multas não é de aparelhar os órgãos públicos, que passariam a ter interesse na aplicação da pena. Além disso, a lei é clara, no artigo 57, “caput”, do CDC em estabelecer o destino de tais multas.

No entanto, como dito, restou um hiato quanto ao destino das multas administrativas aplicadas por órgãos municipais em defesa do consumidor. Contudo, no nosso sentir, neste caso, por analogia, tais valores deverão ser revertidos ao fundo estadual de defesa do consumidor; se não houver tal fundo, tais valores deverão ser destinados ao fundo estadual de defesa dos direitos difusos . Diferentemente da hipótese do fundo municipal da criança e do adolescente e do fundo municipal do idoso, o CDC não previu a possibilidade de que os valores das multas administrativas fossem depositados em conta em estabelecimento oficial (artigo 214,§2º., do ECA) ou destinados a um outro fundo municipal (artigo 84 do Estatuto do Idoso). Assim, somente restará reverter estes valores para o fundo estadual, único legalmente apto a receber tais valores em suas receitas. Essa situação é anômala e somente deverá permanecer até a criação de um fundo municipal para a defesa consumidor.

Por fim, há que se ressaltar que no Estado de São Paulo não foi criado o fundo estadual de defesa do consumidor, sendo todos os valores em pecúnia arrecadados em virtude da defesa do consumidor encaminhados ao FID, inclusive aquelas decorrentes de termo de ajustamento de conduta. A exceção, evidentemente, refere-se às multas administrativas impostas por órgãos municipais, que deverão ser destinados aos fundos municipais de defesa do consumidor (artigo 57, “caput”, do CDC) _ salvo se não houver tal fundo municipal, caso em que o valor também deverá ser destinado ao FID, conforme anteriormente mencionado.

2.4.6 – Fundo Brasileiro para a Biodiversidade (FUNBIO)

De acordo com o sítio oficial do citado fundo:

“O Fundo Brasileiro para a Biodiversidade (Funbio) é uma associação civil sem fins lucrativos que trabalha para conservar a diversidade biológica do País. Foi criada em 1996, com uma doação de US\$ 20 milhões do Fundo para o Meio Ambiente Mundial (em inglês Global Environment Facility – GEF) para complementar as ações governamentais, em consonância com a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), de âmbito mundial, e o Programa Nacional de Diversidade Biológica (Pronabio).”⁴⁴

De acordo com informações do mesmo sítio, o FUNBIO repassou cerca de US\$ 43 milhões em bens e serviços para unidades de conservação na Amazônia, o que possibilitou a criação de quase 22 milhões de hectares de áreas protegidas e o início de tal proteção a outras áreas de cerca de 10 milhões de hectares. Ao todo, foram criadas 64 Unidades de Conservação nos sete estados da Amazônia Legal Brasileira.⁴⁵ Entre os recursos já aportados para iniciativas de conservação e aqueles referentes aos programas atuais, o FUNBIO soma em seu portfólio um montante de quase US\$ 110 milhões.

Os projetos do FUNBIO, prioritariamente, são de preservação, por meio de aportes financeiros em unidades de conservação.

O FUNBIO, sendo uma associação civil sem fins lucrativos, possui um conselho deliberativo. De acordo com “<http://www.funbio.org.br/>”:

“Com caráter decisório, o Conselho Deliberativo do Funbio é formado por 16 membros, com paridade de representação entre quatro setores: acadêmico, ambientalista, empresarial e governamental. O órgão inclui em sua estrutura o Comitê Executivo, responsável pelo acompanhamento mais direto de todos os processos e programas.

O Funbio também possui um Conselho Consultivo, que congrega todos aqueles que já participaram do Conselho Deliberativo e convidados especiais, funcionando como um fórum para grandes temas da biodiversidade e suas relações com os rumos institucionais.

⁴⁴ Em “http://www.site.funbio.org.br/teste/Portals/0/oneFunbio_port_set09.pdf”, acessado em 15/04/2011.

⁴⁵ Fonte retirada do relatório de 2010.

Subordinadas ao Conselho Deliberativo funcionam comissões técnicas específicas. Essas comissões, integradas pelos membros do Conselho Consultivo de acordo com suas especialidades e interesses, são as seguintes: Conservação, Mercado e Sustentabilidade, Finanças e Auditoria/Conselho Fiscal, Gestão de Ativos e Mudanças Climáticas.”

Os quatro representantes do setor governamental no Conselho Deliberativo são compostos por três membros do Ministério do Meio Ambiente e um membro do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio).

O FUNBIO recebe aportes financeiros, na sua maior parte, do setor privado. Contudo, também recebe aporte financeiro de órgãos estatais, como a Embratur, a Petrobrás e a Secretaria de Estado do Meio Ambiente do Rio de Janeiro (SEA/RJ). Cabe destacar, ainda, que de acordo com informações do citado sítio, o FUNBIO “*também recebe recursos advindos de multas administrativas e sanções penais direcionados para o programa Carteira Fauna Brasil, e provenientes de compensação ambiental para o Fundo da Mata Atlântica do Estado do Rio de Janeiro.*”

Segundo relatório de 2009 do FUNBIO há previsão, até 2011, de aporte financeiro de R\$ 2,7 milhões do programa Carteira Fauna Brasil para o FUNBIO para financiamento de sete projetos. O Programa Carteira Fauna Brasil foi criado em 2006, a partir de acordo de cooperação técnica firmado pelo FUNBIO, Ibama, Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), com a intervenção do Ministério Público Federal e tem o objetivo de captar recursos de sanções penais, multas administrativas ambientais e doações, para investimento direto em ações de conservação da fauna e dos recursos pesqueiros brasileiros.

O Fundo da Mata Atlântica do Estado do Rio de Janeiro constituiu um mecanismo privado para a gestão de compensações ambientais, regulamentadas no Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC (Lei nº. 9.985/00). De acordo com o relatório de 2009, o FUNBIO recebeu do citado fundo o aporte de R\$ 3,6 milhões naquele ano. Ainda o citado relatório menciona:

“O Brasil possui uma das legislações ambientais mais avançadas do mundo, em particular no que diz respeito ao licenciamento ambiental. Estima-se que R\$ 1 bilhão em recursos compensatórios poderiam ser destinados para o meio ambiente. Entretanto, esses valores não estão sendo efetivamente disponibilizados para a gestão de unidades de conservação (UCs), prevê o SNUC.

Diante desse contexto, surgiu a ideia de criar um mecanismo financeiro privado que viabilizasse o uso dos recursos da compensação ambiental no Rio de Janeiro, iniciativa pioneira no País. Assim, em junho de 2009, o Governo do Estado lançou, oficialmente, o Fundo da Mata Atlântica do Estado do Rio de Janeiro (FMA/RJ), cuja missão é contribuir para fortalecer o sistema de UCs estaduais, focando prioritariamente na preservação e ampliação de áreas florestais e marinhas protegidas.

Vale ressaltar que o Plenário do Tribunal de Contas da União (Acórdão 2.650/2009, Processo 021.971/2007-0) ratificou que a compensação ambiental não é receita pública, mas de interesse público, e por isso pode ser arrecadada e gerenciada por instituições não governamentais. O que ocorre no caso do FMA é a transferência da gestão financeira do recurso compensatório por parte da empresa empreendedora a uma segunda instituição, credenciada pela SEA-RJ, com respaldo da Câmara de Compensação Ambiental (CCA). ”

Portanto, cabe aqui apenas mencionar que o programa Carteira Fauna Brasil e o Fundo da Mata Atlântica do Estado do Rio de Janeiro têm repassado aportes financeiros ao FUNBIO, sendo tal fato constitui-se em uma inovação à forma de se utilizar os recursos obtidos por tal programa e fundo de cunho estadual.

3. DOS FUNDOS DE REPARAÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

3.1 – Notas introdutórias

Como já foi visto, o artigo 13 da Lei nº. 7.347/1985 determina que os valores em dinheiro decorrentes de multas diárias ou condenações em ação civil pública sejam destinados aos fundos federal e estaduais, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Assim, na elaboração da Lei da Ação Civil Pública, deparou-se o legislador com a seguinte questão: nas hipóteses onde não é cabível a reparação específica do bem, havendo uma condenação pecuniária, para onde deverá ser destinada tal quantia? Deveria ser destinado às vítimas? Mas em se tratando de interesses difusos e coletivos, como visto, há um número indeterminado de lesados. Então, caberia ao Estado? Contudo, embora o interesse difuso e coletivo, seja público, nem sempre coincide com o interesse público estatal; não raras vezes tais interesses até se contrapõem.

Então, a solução encontrada foi a criação de fundos na esfera federal e estadual, para que houvesse uma maior independência e efetividade em relação à reparação do dano lesado. Como adiante se verá, tais fundos têm inspiração no direito anglo-saxônico.

Assim, adverte Edis Milaré:

“Impossível, portanto, nesses casos de amplíssima indeterminação das vítimas, distribuir eventual indenização, via ação civil pública, entre todos os prejudicados. Nem seria razoável e lógico destiná-la ao Estado (ao Erário), que sempre será indiretamente responsável pelo dano, quando não seu causador direto. Nem teria sentido, por outro lado, utilizar-se a indenização para outra finalidade que não a de reparar o mal ocasionado, de repor as coisas, sempre que possível, no seu estado anterior.

Atento a isso, determinou o legislador que, quando a decisão impuser condenação em pecúnia – caso de aplicação de multa diária ou condenação final em dinheiro –, esses recursos devem reverter a um Fundo gerido por um Conselho do qual participam necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, ficando afetados a uma finalidade social específica: permitir a efetiva reconstituição dos bens lesados, verdadeira restitutio in integrum (MILARÉ, 2009, p. 1.119).

A mesma justificativa para a criação dos fundos foi citada por Marcos Destefenni:

“A destinação da indenização é justificada por Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior: ‘uma solução inovadora exigia também o problema da destinação da indenização: como o bem lesado é coletivo, como os interesses desrespeitados são difusos, seria tarefa impossível distribuir a indenização por todos os prejudicados (muitas vezes toda a coletividade). Titular do direito à indenização não pode ser também o Estado-Administração, que muitas vezes é o causador direto do dano e que sempre será indiretamente responsável por este.’ (DETEFENNI, 2005, p. 194).

No mesmo sentido, adverte-nos Álvaro Luiz Valery Mirra:

“Essa disposição legislativa, como também já mencionado anteriormente, justifica-se plenamente, se se considerar que os titulares do direito de agir na ação civil pública ambiental – Ministério Público, entidades da Administração direta e indireta e associações civis – são, na realidade ‘tutores’ do meio ambiente, como bem de uso comum do povo, e apenas representam em juízo a sociedade, a quem pertence esse patrimônio coletivo, verdadeira vítima das agressões perpetradas. E a partir do momento em que não são as vítimas diretas dos prejuízos causados, não podem os organismos e instituições legitimados para a causa ser os beneficiários das somas provenientes das condenações pecuniárias impostas.” (MIRRA, 2002, p. 332).

Portanto, há uma justificativa lógica e plausível para a criação de tais fundos. Também como acima referido, a inspiração para a criação dos citados fundos previstos no artigo 13 da Lei nº. 7.347/1985 está no direito anglo-saxônico. Como adverte Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

“O fundo criado pela Lei da Ação Civil Pública está moldado ao instituto norte-americano denominado fluid recovery, mas deste se diferencia, porquanto, no Brasil, o montante pecuniário arrecadado pelo fundo só é quantificado em fase de liquidação de sentença, fato que não ocorre no sistema norte-americano, uma vez que nas class actions o juiz desde logo quantifica a indenização pelos danos causados.” (FIORILLO, 2010, p. 576).

Cabe aqui, para melhor compreensão do tema, atermos a estes dois institutos da ‘common law’ mencionados na lição retro.

Então, para tanto, iremos nos socorrer das lições de Ada Pellegrini Grinover. A citada autora menciona que:

“Adaptando os esquemas do direito norte-americano a um sistema ‘civil law’, sem olvidar - é claro – a realidade de nosso país, o legislador brasileiro inspirou-se nas ‘class actions’ americanas para criar, primeiro, as ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível. E o fez por intermédio da denominada lei da ação civil pública (Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985).” (GRINOVER, 1998, p. 670).

Porém, tais institutos de tutela dos interesses difusos e coletivos, pelo seu caráter de indivisibilidade, não abrangiam a reparação dos danos individualmente sofridos. Assim, notou-se a necessidade da tutela judicial para a reparação dos danos pessoalmente sofridos, nos moldes similares ao sistema norte-americano. Então, a “class action for damages” foi introduzida ao nosso ordenamento jurídico por meio da Lei nº. 7.913/1989, para a reparação dos danos causados aos titulares do mercado de valores mobiliários. Contudo, como adverte Ada Pellegrini Grinover:

“Nesse momento, já se encontrava em elaboração o Código do Consumidor, que criava a categoria mais abrangente das ações coletivas para a defesa de interesses ou direitos subjetivos individuais, tratados conjuntamente por sua origem comum (...). E pelo Código veio a consagração definitiva, no sistema brasileiro, da categoria das ‘class actions for damages’ (v. supra nº. 1, ‘in fine’, e nº.2), a que o Capítulo II do Título III dá agora disciplina específica.”(obra citada, p. 671-2).

Portanto, a grande consagração da “class action damages” em nosso sistema jurídico ocorreu com a introdução do conceito e da disciplina dos interesses individuais homogêneos, por meio do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de uma adaptação do instituto norte-americano ao nosso ordenamento jurídico. Há que se observar: em relação aos interesses difusos e coletivos, houve uma *inspiração* de nosso legislador na “class action”. No que tange aos interesses individuais homogêneos, houve mais que isso, pois houve uma *adaptação* de tal instituto de acordo com as peculiaridades de nosso sistema jurídico.

No entanto, é necessário advertir que a “class action damages” é uma espécie de “class action”. Para melhor compreensão do tema, é necessário socortermos das lições de Ada Pellegrini Grinover.

De acordo com a referida autora:

“A class action do sistema norte-americano, baseada na equity, pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano

substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença, em juízo, de um único expoente da classe. Encontrando seus antecedentes no Bill of Peace do século XVII, o instrumento, antes excepcional, acabou aos poucos adquirindo papel que hoje é visto pela doutrina como central no ordenamento dos Estados Unidos da América, ampliado como foi, de início com contornos imprecisos, até ser disciplinado pelas Federal Rules of Civil Procedure de 1938.” (GRINOVER, 1998, p. 667).

De acordo com o texto intitulado “Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade”, constante da obra “Ação Civil Pública – Lei nº. 7.347/1985 – 15 anos, Coordenador: Édis Milaré, 2^a. ed., Ed. RT, São Paulo, 2002, a festejada autora menciona que as dificuldades práticas fizeram os norte-americanos alterarem a disciplina da “class action” por meio da “Federal Rules” de 1966. A fim de dar caráter pragmático e funcional, a Regra 23 das “Federal Rules” de 1966 estabelece três categorias de “class action”: duas obrigatórias (“mandatory”) e uma não obrigatória (“not mandatory”). Assim:

a) a citada Regra 23, em seus incisos b1 e b2, cuida da “class action” obrigatória (“mandatory”), que corresponderiam às ações para defesa dos interesses difusos e coletivos de nosso ordenamento jurídico. Há que se advertir que o inciso b2 acima referido contempla a possibilidade de condenação na obrigação de fazer ou de não fazer (“injunction”) e de sentenças declaratórias apenas para ações de classe obrigatórias, correspondentes àquelas denominadas por nossa doutrina de ações para a defesa de interesses difusos e coletivos.

b) A citada Regra 23, em seu inciso b3, disciplina a “class action” não obrigatória (“not mandatory”), denominada de “class action for damages”, o que corresponde à ação brasileira em defesa dos interesses individuais homogêneos, para a reparação dos danos individualmente sofridos. Há que se observar que diferentemente do que acontece com as ações de defesa de interesses individuais homogêneos brasileiras, a “class action for damages” não contempla a possibilidade de condenação em obrigação de fazer e de não fazer, nem tampouco comporta pedido meramente declaratório⁴⁶.

⁴⁶ Menciona ainda Ada Pellegrini Grinover:

“Como já tive ocasião de observar, a ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, regulada pelos arts. 91 -100 do Código de Defesa do Consumidor, não esgota todo o repertório dos processos coletivos em defesa dos direitos individuais homogêneos, sendo perfeitamente possível que a ação tendente à tutela desses interesses objetive a condenação à obrigação de fazer ou não fazer, ou que seja de índole meramente

Ainda, de acordo com a citada autora, a “class action for damages” norte americana admite a figura da opção de exclusão da coisa julgada (“opt out”). Assim, menciona:

“Segundo os estudos mais recentes, um dos pontos nodais das class actions for damages é, atualmente, o que versa sobre os critérios de submissão de terceiros ao julgado, denominados opt in e opt out. A Regra nº. 23, c 2 e c 3, da Federal Rules de 1966, expressamente prevê a possibilidade de optar-se pela exclusão da coisa julgada, sendo abrangidos por ela aqueles que, informados da demanda ‘da maneira melhor de acordo com as circunstâncias’ (inclusive mediante intimação pessoal, quando passíveis de identificação), não tiverem procedido ao pedido de exclusão. É o critério denominado opt out, reafirmado pela Suprema Corte norte-americana, que dispensou os demais, não optantes pela exclusão, de expresso consentimento para integrar a demanda (o que corresponderia ao critério do opt in). Em outras palavras, adotado o critério do opt out, os que deixam de optar pela exclusão serão automaticamente abrangidos pela coisa julgada, sem necessidade de anuência expressa, mas desde que tenha havido notícia pessoal do ajuizamento da ação.” (GRINOVER, 1998, p. 669-670).

Evidentemente, em nosso sistema jurídico, não há possibilidade da referida opção de exclusão da abrangência dos efeitos da coisa julgada prevista para a “class action for damages”.

Outra questão que decorre logicamente das ações coletivas de defesa dos individuais homogêneos, é a de se saber o destino dos valores das condenações, quando as pessoas lesadas não são encontradas. Em virtude desta dificuldade, o legislador brasileiro também foi buscar inspiração no direito norte-americano, por meio do instituto denominado “fluid recovery”.

Uma vez mais, não podemos deixar de nos socortermos das lições de Ada Pellegrini Grinover:

“As ações coletivas que têm por objeto a reparação dos danos causados a pessoas indeterminadas podem carrear consigo algumas dificuldades. É o que tem demonstrado a experiência norte-americana, quando a sentença condena o réu a ressarcir o dano causado a centenas ou milhares de membros da class, surgindo então problemas de identificação das declaratória ou constitutiva, tudo consoante disposto no art. 83 do CDC.” (MILARÉ, 2002, p. 20, nota de rodapé nº.1).

referidas pessoas; de distribuição entre elas da arrecadação; do uso do eventual resíduo não reclamado pelos membros da coletividade.

*A jurisprudência norte-americana criou então o remédio da **fluid recovery** (uma reparação fluida), a ser eventualmente utilizada para fins diversos dos resarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade: por ex., para fins gerais de tutela dos consumidores ou do ambiente.*

*A colocação desse tipo de ações coletivas no Código do Consumidor é diversa da que ocorre com as **class actions** norte-americanas, onde o juiz desde logo quantifica a indenização pelos danos causados: no sistema criado pelo Código, o bem jurídico objeto de tutela ainda é indivisível e a condenação é genérica, limitando-se a fixar a responsabilidade do réu e a condená-lo a reparar os danos causados. Estes serão apurados e quantificados em liquidação de sentença, movida por cada uma das vítimas para a posterior execução e recebimento da importância correspondente à sua reparação. A condenação faz-se, portanto, pelos danos causados, mas em termos ilíquidos, e o pagamento a cada credor corresponderá exatamente aos danos sofridos.” (GRINOVER, 1998, p. 697).*

Portanto, no sistema jurídico brasileiro, nas ações envolvendo interesses individuais homogêneos, após a condenação transitada em julgada, que deverá ser ilíquida (artigo 95 do CDC), as vítimas deverão ingressar com a ação de liquidação e, posteriormente, com a ação de execução (artigos 97 e 98 do CDC). No caso de as vítimas não ingressarem com a ação de liquidação e ação de execução (resíduo não reclamado), ou no caso de os ofendidos habilitados serem em número incompatível com a gravidade do dano, ou ainda nos casos em que o dano individual é insignificante, mas o dano global é considerável⁴⁷, os valores decorrentes da condenação deverão ser revertidos para um dos fundos de reparação previstos no artigo 13 da Lei nº. 7.347/85, conforme artigo 100, parágrafo único, do CDC. Este sistema guarda muita similitude com o “fluid recovery” norte americana. Assim, no sistema brasileiro, somente estes valores residuais da condenação à obrigação de indenizar às vítimas, acima especificados, é que

⁴⁷ Um bom exemplo refere-se à cobrança de tarifas bancárias ilegais, feitas todo o mês, por parte de instituições bancárias. Ainda que somados mês a mês, os valores individualmente considerados poderão ser insignificantes. Isso porque tal tarifa pode ter a soma de centavos. Mas em um universo de milhares, às vezes milhões, de clientes, a quantia apurada pode significar uma vultosa quantia recebida indevidamente por parte da instituição bancária, constituindo-se em uma grave lesão aos consumidores.

são encaminhados ao fundo de reparação, proporcionando uma verdadeira reparação fluida, nos moldes da “fluid recovery”.

No entanto, há que se frisar que somente as sobras e os valores não reclamados pelos lesados individualmente deverão ser encaminhados a um dos fundos de reparação. Tais resíduos deverão ser utilizados para a recuperação ou prevenção de bens coletivos similares ao que foi lesado. Neste caso, a liquidação e a execução do julgado deverão ser feitos pelos legitimados para as ações coletivas, descritos no artigo 82 do CDC, conforme determina o “caput”, do artigo 100, do CDC⁴⁸.

No entanto, há que se ressaltar que a “fluid recovery” norte-americana não se confunde com o fundo de reparação previsto na legislação brasileira, embora os resíduos das condenações pecuniárias decorrentes de interesses individuais homogêneos possam ser encaminhados aos fundos previstos no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública, como visto. Porém, tais institutos são diversos. Cabe aqui fazer menção à lição de Carlos Alberto de Salles:

*“A doutrina brasileira tem apontado reiteradamente semelhança da sistemática do fundo criado pela Lei 7.347 com o **fluid recovery** do direito norte-americano. No entanto, essa proximidade é apenas de concepção. O fundo brasileiro opera de maneira bastante diversa daquela solução judicial provinda das **class actions** norte-americanas.”*

*Com efeito, o **fluid recovery** é usado nos Estados Unidos, ‘onde os indivíduos lesados não são aptos a levar à frente provas de seu interesse pessoal ou não podem receber a notificação do caso. No **fluid recovery**, o dinheiro é distribuído tanto através do sistema de mercado, pela forma de redução de preços, quanto é usado para patrocinar um projeto que beneficiará adequadamente os membros da classe’. Tal providência é autorizada pelas cortes norte-americanas naqueles casos em que seja extremamente custoso e pouco provável identificar os membros da classe. Aí as cortes têm admitido dois tipos de medidas: a redução de preços ou a constituição de fundos. Nesse último caso, o fundo permanece ligado exclusivamente a uma determinada ação judicial, devendo reverter para os interessados ou ser institucionalizado (na*

⁴⁸ De acordo com Carlos Alberto de Salles, nos Estados Unidos os valores apurados com o “fluid recovery” (resíduos não recebidos pelos membros da classe) têm destino diverso daquele previsto pela legislação brasileira. No caso norte-americano, cabe ao juiz determinar o destino de tais quantias, de acordo com o caso concreto. Há decisões em que os valores deverão ser integralmente rateados entre as vítimas habilitadas, em que tais resíduos deverão encaminhados ao governo federal e em que as sobras deverão ir para a própria empresa-ré para investir em ações preventivas. Para melhor consulta ver SALLES, 1998, p. 312.

forma de uma espécie de fundação) sob o controle ou supervisão do juízo, para realização de atividades compensatórias em proveito de toda classe envolvida.”(SALLES, 1998, p. 309-311).

Assim, conclui o citado autor sobre as diferenças dos fundos brasileiros e do “fluid recovery” norte-americano:

“Primeiro, o fluid recovery é um instrumento exclusivamente jurisdicional, não necessariamente uma conta bancária ou orçamentária, criado pelo próprio juízo no contexto de uma determinada ação, enquanto o fundo brasileiro é um mecanismo administrativo, criado por lei para o recebimento e gestão dos valores arrecadados com condenações judiciais. Outra diferença básica reside no fato de o mecanismo norte-americano atender a interesses de natureza diversa. Por assim dizer, a ‘fluidez’ deriva exatamente da dispersão dos interesses individuais, impossibilitando medidas processuais básicas como sua notificação e habilitação; no Brasil o fundo, além de interesses individuais homogêneos, atende a interesses caracterizados pela indivisibilidade dos bens protegidos.

O fundo da lei brasileira, seguramente, tem maior semelhança com o Superfund, do direito ambiental dos Estados Unidos, uma estrutura legal estabelecendo um regime de responsabilidade e de tributação, que tem por principal finalidade custear operações de emergência relacionadas à liberação de substâncias nocivas, disponibilizando recursos para a tomada de providências necessárias, independentemente de ser conhecido o responsável ou de possuir condições financeiras para cobrir os danos ambientais e despesas emergenciais.”(SALLES, 1998, p. 313).⁴⁹

Então, concluímos este tópico fazendo apenas a observação de que as condenações ilíquidas são a regra apenas em relação às ações para a defesa de interesses individuais homogêneos (artigo 95 do CDC), posto que nas demais modalidades (interesses difusos e coletivos) a sentença deverá ser líquida e certa (artigo 459, parágrafo único, do CPC), salvo impossibilidade de determinação do “quantum debeatur”, caso em que as partes deverão propor ação de liquidação, nos termos dos artigos 475-A a 474-G do CPC⁵⁰.

⁴⁹ Sobre o “Superfund” falaremos no tópico seguinte.

⁵⁰ Neste sentido, cabe aqui repetir a lição de Cássio Scarpinella Bueno:

*“Assim, se o autor formulou pedido certo, não pode a sentença ser ilíquida desde que já exista material suficiente para que a condenação se dê em quantia certa, isto é líquida. Havendo possibilidade, pois, a sentença deverá indicar, desde já, não só o **an debeatur**, mas também o **quantum debeatur**. Diferentemente, toda vez que, não obstante a iniciativa probatória, não for possível fixar o **quantum debeatur** já no processo de conhecimento, esta deverá ser deixada para liquidação de sentença.”*

3.2 – Origem histórica

De acordo com Paulo de Bessa Antunes, os fundos tiveram sua origem no campo do transporte de petróleo, sendo constituído um fundo voluntário para prevenir e reparar danos ambientais. Aos poucos tal instrumento ambiental teve sua aplicação alargada para outros interesses metaindividuais. Assim, afirma o citado autor:

“É, também, no campo do transporte de petróleo, que surgiu uma importantíssima iniciativa, com vistas à compatibilização da defesa do meio ambiente com o exercício das atividades econômicas absolutamente necessárias e indispensáveis. Refiro-me à constituição da International Tanker Owners Pollution Federation (ITOPF), fundada após a ocorrência do derramamento de óleo causado pelo navio Torey Canyon no ano de 1967. Em 1968, ITOPF foi estabelecida, sob a forma de sociedade civil, sem fins lucrativos, e cuja atividade essencial era a de gerir um fundo criado pelos armadores, com a finalidade de pagar compensações decorrentes de derramamentos de óleo no mar. Este fundo foi denominado como TOVALAP (Tankers Owners Voluntary Agreement concerning Liability for Oil Pollution). ”(ANTUNES, 2000, p. 280-1).

E acrescenta:

“Posteriormente ao TOLAPAV, foi constituído um novo fundo denominado CRISTAL (Contract Regarding a Supplement to Tanker Liability Oil Pollution). Como já dito acima, os fundos resultantes dos dois acordos foram constituídos voluntariamente, com a finalidade de serem transitórios, pois, nos fins da década de 60, as convenções internacionais sobre poluição por óleo ainda não haviam entrado em vigor. Os dois fundos foram extintos aos 20 de fevereiro de 1997, sendo de ressaltar que a sua duração foi bem maior do que as expectativas iniciais indicavam. A extinção dos dois fundos se deveu ao fato de que as convenções internacionais sobre responsabilidade civil por derramamento de óleo têm, cada vez mais, recebido aceitação da comunidade das nações, desaparecendo a necessidade de um fundo voluntário de indenização. ”(obra referida, p. 282-3).

E continua:

*“A hipótese inversa da regulada pelo parágrafo único do art. 459, é dizer, de formulação de pedido **ilíquido** e o proferimento de sentença **líquida** é admitida pela jurisprudência do STJ quando, ao longo da fase instrutória, o **quantum debeatur** for debatido sem prejuízo do desenvolvimento do contraditório.” (MARCATO, 2004, p. 1.395).*

Após, já nos idos de 1980, foi criado pelo Congresso Norte Americano o “Superfund”, com a finalidade de recuperação dos danos ambientais. Interessante notar, que assim como os fundos voluntários antes referidos (TOLAPAV e CRISTAL), o “Superfund” norte-americano foi inicialmente concebido como um instrumento para a reparação de danos ambientais. Portanto, o “Superfund” foi criado pelo CERCLA – Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act, de 1980.⁵¹

Barry Breen, em seu artigo denominado “História dos Danos aos Recursos Naturais nos Estados Unidos”, ressalta:

“O CERCLA é um marco da maior aplicabilidade pelo Congresso do conceito de danos aos recursos naturais. O CERCLA representa a primeira utilização da doutrina, fora do âmbito das leis dirigidas especificamente a dispor acerca da indústria petrolífera. O programa CERCLA tem tido amplo impacto, tendo dominado o direito ambiental durante a década de 1.980.” (BENJAMIN, 1993, p. 215).

Ainda ressalta o citado autor:

“Neste panorama o Congresso reafirmou seu compromisso a favor da doutrina dos danos aos recursos naturais, ordenando sua implementação mais rigorosa. Ao emendar o CERCLA com as Emendas ‘Superfund’ e ‘Reauthorization Act de 1986’, o Congresso adicionou dispositivos obrigatórios destinados a forçar o governo federal a fiscalizar com maior diligência danos aos recursos naturais. Agora, o governo federal é obrigado a notificar os administradores de recursos naturais em relação aos danos potenciais existentes, devendo envolvê-los no planejamento da limpeza e administradores federais devem ser convidados a participar em discussões de acordos celebrados com réus. Até mesmo governos estaduais receberam novas ordens do Congresso como parte das emendas de 1986, ordenando-os a nomearem administradores de recursos naturais.” (idem, p. 218).

Há que se lembrar, ainda, como já visto, que o “Superfund” também serviu de inspiração ao legislador brasileiro para a criação dos fundos de reparação dos bens metaindividuais lesados.

Assim, não é demais repetir aqui a lição de Carlos Alberto de Salles:

⁵¹ De acordo com Carlos Alberto de Salles, os valores apurados pelo “Superfund” em ações envolvendo danos ambientais são encaminhados a uma espécie de fundo no qual uma pessoa fica responsável pela utilização do dinheiro em ações preventivas e reparatórias do referido dano ou de danos naturais similares (SALLES, 1998, p. 314).

*“Assim, mais do que com o instituto do **fluid recovery**, o fundo criado pela Lei da ação Civil Pública tem semelhança com o **Cercla Superfund**. A composição e a destinação do resultado de condenações judiciais direcionadas para esse fundo permitem afirmar a semelhança. A natureza das receitas a eles atribuídas é muito próxima e a aplicação das mesmas não está condicionada ao caso concreto decidido pelo juízo. No caso de lesão a recursos naturais, a solução norte-americana é mais adequada, dirigindo recursos para um **public trust**, com a finalidade específica de recompor o dano ambiental”.* (SALLES, 1998, p. 314).

No mesmo sentido é a lição de Paulo de Bessa Antunes:

*“Um importante modelo de recuperação de danos ambientais, ainda que não esteja vinculado à prevenção dos danos ambientais, é o representado pelo chamado **Superfund**, que é um fundo federal existente nos Estados Unidos, cuja finalidade é a recuperação de áreas contaminadas por resíduos tóxicos. O programa do **Superfund** foi criado, em 1980, pelo Congresso Norte Americano, pela edição da **Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980** (CERCLA), revisada em 1986, pela **Superfund Amendments and Reauthorization Act of 1986** (SARA).”* (ANTUNES, 2000, p. 282).

No entanto, há que se ressaltar que o “Superfund” tem precipuamente por finalidade a adoção de medidas emergenciais, posto que foi concebido para resolver o problema da contaminação por produtos tóxicos ou perigosos. Além disso, o “Superfund” pode patrocinar, com recursos próprios, medidas de urgência e depois voltar-se em face do causador do dano para receber as quantias despendidas na reparação do dano.

Desta forma, afirma Paulo de Bessa Antunes:

“A CERCLA, ao criar o Superfundo, dotou-o com uma verba de 1,6 bilhões de dólares, com o objetivo de promover a descontaminação dos sítios em que estivessem localizados rejeitos perigosos, durante um prazo de cinco anos. O financiamento do Superfundo provém, principalmente, da indústria petrolífera e da indústria química que, por meio de aumento de tributos específicos, contribuem para a composição do fundo.

Uma outra forma de financiamento do Superfundo é a cobrança dos custos de descontaminação daqueles que, de alguma forma, tomaram parte no processo de contaminação da área.” (ANTUNES, 2000, p. 284-5).

Há que se mencionar, ainda, que o custeio de medidas emergenciais e de reparação do dano pelo “Superfund” ocorre independentemente de ser conhecido ou não o causador do

dano, bem como dele possuir ou não condições financeiras de arcar com o valor despendido pelo “Superfund”. Mas isso não impede, como dito, que o referido fundo possa voltar-se posteriormente contra os causadores do dano para ser ressarcido das quantias gastas para a adoção das medidas emergenciais e de reparação do dano. Assim, adverte Paulo de Bessa Antunes:

“A utilização dos recursos contidos no Superfundo ocorre, inicialmente, quando não se logra encontrar as partes responsáveis por um local contaminado. Um elemento extremamente importante do Superfundo é a possibilidade legal que ele possui para, em nome próprio, promover as descontaminações necessárias. Este fato é relevante, pois dota o fundo de enorme agilidade. Os custos em que o fundo tenha incorrido são, a posteriori, cobrados do responsável, administrativa ou judicialmente.” (obra mencionada, p. 286-7).

Portanto, o “Superfund” norte-americano possui um mecanismo que o torna ágil e efetivo: a possibilidade de adotar medidas emergenciais e de reparar o próprio dano ambiental, independentemente de se saber quem é o poluidor e independentemente de qualquer decisão judicial. Assim, não só quando o poluidor é desconhecido, sendo necessária a adoção de medidas investigativas para a sua localização, quando também é conhecido, mas há a necessidade de adoção de medidas urgentes, o “Superfund” poderá custear as providências necessárias para a cessação imediata do dano. Um exemplo prático talvez melhor ilustre o fato. Um córrego está sendo poluído por um produto tóxico (mercúrio, por exemplo), mas ainda não se sabe quem é o causador do dano, posto existirem diversas empresas próximas e todas negam o vazamento. Neste caso, o “Superfund” arcaria com as despesas para a descontaminação do rio e, após, quando fosse(m) descoberto(s) o(s) responsável(is) pela poluição, ele(s) seria(m) responsabilizado(s) pelos gastos realizados pelo fundo por meio de ação de regresso.

Há que se lembrar, por fim, que o “Superfund” norte-americano, ao contrário dos fundos da Lei da Ação Civil Pública, não recebe valores decorrentes de condenações judiciais em pecúnia. Mas inegavelmente é o modelo que mais se aproxima dos fundos previstos no artigo 13 da Lei nº. 7.347/85.

Portanto, foi a partir de tais institutos norte-americanos que se criou os fundos de reparação brasileiros, embora estes últimos tenham contornos próprios, adaptados à nossa realidade.

3.3 – Natureza jurídica

Os fundos de reparação descritos no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública constituem um órgão administrativo vinculado ao Poder Executivo. São, portanto, órgãos públicos. Neste sentido é a lição de Ricardo Quass Duarte, no texto intitulado “Os fundos de reparação dos interesses ou direitos difusos lesados: natureza, gerência e serventia”:

“A natureza dos fundos de reparação dos interesses ou direitos difusos lesados é eminentemente administrativa. Tanto é assim que o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD) é órgão ‘integrante da estrutura organizacional do Ministério da Justiça’, nos termos do Decreto nº. 1.306/94.” (SALLES, 2006, p. 106).

No Estado de São Paulo, como adiante se verá, o Conselho Gestor do Fundo de Defesa dos Interesses Difusos (CFID) está vinculado à Secretaria Estadual da Justiça e da Defesa da Cidadania, conforme artigo 1º. da Lei Estadual nº. 13.555/2009.

Importante ressaltar, que tais fundos constituem-se em estruturas administrativas dos órgãos a que pertencem. Logo, não têm personalidade jurídica. Assim, tais fundos não respondem por eventual ação de indenização. Embora seja de difícil ocorrência, posto que os citados fundos de reparação apenas repassam recursos, cabendo a execução do projeto ao órgão beneficiado com o valor repassado, pode acontecer de a execução de um projeto causar prejuízo a terceiros. Neste caso, os fundos de reparação não poderão ser responsabilizados diretamente, posto que não têm personalidade jurídica, cabendo ao prejudicado açãoar a União ou o Estado (ente federativo) a que pertença o citado fundo.

Interessante notar a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

“O fundo a que se reporta o dispositivo qualifica-se como fundo público. Fundo público é o patrimônio que, controlado pelo Estado e composto de dinheiro ou outros bens, visa a dar suporte financeiro a certa atividade de interesse público.

O fundo não tem personalidade jurídica, desprovido que é de meios próprios para adquirir direitos e contrair obrigações no mundo do direito. Mas, como registra com acerto CRETELLA JUNIOR, pode ser dotado de personalidade judiciária, equiparando-se, por conseguinte, a outros conglomerados, conhecidos como pessoas morais ou formais: a massa falida, o condomínio, o espólio.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 389).

Porém, a concepção de fundos de reparação como um órgão da administração pública direta é apenas uma opção legislativa. Nada impede que, por meio de lei específica, seja dada personalidade jurídica a tais fundos. Neste sentido é a lição de Marçal Justen Filho ao comentar a norma do artigo 1º., parágrafo único, da Lei nº. 8.666/93:

"A referência da Lei a 'fundos especiais' deve ser tomada com cautela. Em princípio a expressão indica certas rubricas orçamentárias ou mera destinação de verbas. O 'fundo' não se constitui em sujeito de direito autônomo. Trata-se de um conjunto de bens e recursos, de titularidade de um certo sujeito. Portanto, o fundo é objeto de direito, não sujeito. Eventualmente, poderá atribuir-se personalidade jurídica autônoma a um fundo. Nada impede que se mantenha a expressão 'fundo' na denominação atribuída ao novo sujeito. Em tais hipóteses, não será possível confundir 'fundo-sujeito' com 'fundo-objeto'. Se o fundo vier a ser personificado, adotará uma das formas jurídicas conhecidas. Normalmente, corresponderá a uma autarquia, mas seria possível cogitar de fundação ou empresa pública. Logo, não caberia a Lei aludir a contratos pactuados por fundos, eis que a terminologia não corresponde à melhor técnica.

Se o fundo não for personificado, atribuir-lhe a condição de parte em um contrato é incorreto. Deverá considerar-se que a verdadeira parte é o sujeito encarregado de gerir o fundo." (JUSTEN FILHO, 2002, p. 40).

A importância em se afirmar que os fundos de reparação previstos no artigo 13 da Lei nº. 7.347/1985 são órgãos administrativos está na sua gestão e aplicação de seus recursos. Uma vez que a indenização judicial em pecúnia é revertida a um dos citados fundos, ela perde a característica de valor indenizatório, passando a simplesmente constituir receita do fundo. Assim, há uma desvinculação do valor revertido (receita) com o dano ao interesse difuso e coletivo que a originou. Por isso, o órgão judicial prolator da sentença condenatória à indenização em pecúnia, com trânsito em julgado, no caso de lesão a bem difuso e coletivo, não pode dispor de tais recursos e determinar a forma de aplicação de tal valor, apontando o destino que deverá ser dado ao valor da citada indenização.⁵². Neste caso, o magistrado estaria agindo contra expresso texto

⁵² Contudo, é de se frisar que nada impede que o magistrado, na sentença, após considerar que o dano é irreparável e fixar o valor da indenização em pecúnia, também condene o causador do dano a obrigações de fazer, não fazer e de dar com o intuito de minimizar os prejuízos, adotando-se uma medida compensatória. O mesmo se pode dizer em relação à chamada compensação por equivalente. Ex.: o juiz condena o réu a indenizar o valor do dano causado em virtude do corte de uma árvore centenária; além disso, também condena o réu a providenciar o plantio de dez mudas da mesma espécie da árvore cortada em um parque público. Nesta hipótese, não haveria qualquer interferência

de lei. Isso porque, uma vez transitada em julgado tal decisão judicial, os valores deverão ser, obrigatoriamente, revertidos a um dos fundos de que trata o artigo 13 da LACP. Somente o fundo de reparação, sem qualquer vinculação com a decisão judicial condenatória, poderá utilizar de tais recursos. Tampouco é possível ao magistrado autorizar a transferência de tais valores, decorrentes da decisão judicial condenatória, a um dos fundos de reparação, com a vinculação de que tais valores somente sejam utilizados no município onde tramitou tal ação judicial para a defesa dos interesses difusos e coletivos. Tal fato seria uma interferência impensável na gestão administrativa de tais fundos de reparação, posto que somente os seus conselhos gestores poderão determinar a utilização de tais recursos, de acordo com os critérios próprios por se tratar de um ato administrativo discricionário.

Assim, parece-nos equivocada a posição de Álvaro Luiz Valery Mirra no sentido de que “*o conselho federal e os conselhos estaduais estão ainda vinculados, quanto às providências reparatórias a serem adotadas com o dinheiro arrecadado nas ações civis públicas, ao que ficou decidido na sentença judicial proferida.*

Dessa maneira, 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, previamente definidas no próprio julgado, não poderá o organismo gestor do fundo empregar a soma obtida em medidas diversas... ” (MIRRA, 2004, p. 362-3).

Como já dito, a indenização em pecúnia somente é cabível no caso de dano irreparável. Ora, se o dano é reparável, como é o caso relatado pelo citado autor, o juiz deverá condenar diretamente o causador do dano à recomposição “in natura”, por meio de medidas específicas (obrigação de dar, fazer e não fazer). No entanto, se o dano metaindividual é irreparável e a condenação é em pecúnia, tal valor deverá ser revertido ao fundo de reparação, por força de lei. Neste caso, não cabe ao juiz determinar de que forma tal valor deva ser utilizado, posto que o fundo é um órgão administrativo (com receitas próprias, não só advindas de condenações judiciais) totalmente desvinculado do Poder Judiciário. Portanto, não é possível estabelecer qualquer vinculação das receitas do fundo com a ação judicial que determinou a

indevida do magistrado no fundo de reparação. O que o magistrado não pode é fixar somente a indenização em pecúnia e depois utilizar deste valor, após o trânsito em julgado, para adquirir as dez mudas da árvore cortadas; ou ainda, determinar que o fundo assim proceda.

condenação, posto que o dano difuso ou coletivo que deu causa àquela condenação é irreparável (não passível de recomposição “in natura”)⁵³.

Ademais, como foi referido, cabe exclusivamente ao conselho gestor do fundo, determinar a utilização de tais recursos, de acordo com os critérios próprios por se tratar de um ato administrativo discricionário.

Neste sentido é a lição de Paulo Eduardo Alves da Silva:

“No caso do Fundo Federal, cujas características estão mais próximas da esfera administrativa que da esfera judicial do Estado, seria maior retrocesso ainda pensar em termos de um controle judicial sobre a destinação dos recursos do Fundo.”(COSTA, 2006, p. 502).

Apenas discordamos de tal autor quando ele afirma que os fundos de reparação do artigo 13 da LACP estão situados em uma “*zona cinzenta entre a esfera administrativa e judicial de proteção estatal ao bem coletivo.*” Na verdade, no nosso sentir, os citados fundos estão bem definidos pela legislação pátria: são órgãos eminentemente administrativos.

3.4 – Nomenclatura

O artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública menciona que o valor da indenização pecuniária deverá ser revertido a um fundo (federal ou estadual), cujos recursos deverão ser destinados à reconstituição dos bens lesados. Portanto, a lei que criou o citado fundo não fez menção à sua nomenclatura. A partir daí surgiram na doutrina os mais diversos nomes para se designar o referido fundo:

- a) fundos para reconstituição de bens lesados (Édis Milaré, Álvaro Luiz Valery Mirra e José Rubens Morato Leite);
- b) fundos especiais para a reparação dos interesses difusos lesados (Marcos Destefenni);
- c) fundos de indenização ou de compensação (Luciana Stocco Betiol);
- d) fundos de reparação (Paulo Affonso Leme Machado e José dos Santos Carvalho Filho);

⁵³ Para melhor análise, ver subitem 4.5.1 abaixo.

e) fundos de defesa dos direitos difusos (Hugo Nigro Mazzilli, Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Paulo de Bessa Antunes).

Embora todas as denominações sejam corretas, posto que todas representam uma parcela das finalidades dos fundos previstos no artigo 13 da Lei nº. 7.347/85, nenhuma delas é completa. À expressão “fundos para reconstituição de bens lesados” falta a menção da natureza de tais bens (difusos e coletivos). O mesmo pode ser dito em relação aos “fundos de indenização” e aos “fundos de reparação”⁵⁴. Aliás, preferimos a expressão “reparação” a “reconstituição”. Isto porque a reparação é mais abrangente, acobertando as hipóteses em que a reconstituição não é possível.⁵⁵ De acordo com Marcos DESTEFENNI (2005, p. 185), a reparação é o gênero do qual decorrem: 1) restauração natural ou reparação “in natura”; 2) compensação; 3) indenização. Embora, como já dito deve-se preferir sempre a restauração natural (reconstituição ou recomposição), nem sempre ela é possível, caso em que os fundos deverão aplicar os recursos financeiros para a preservação ou reparação de um bem metaindividual similar ao que foi lesado.

Há que se frisar que Carlos Alberto de Salles faz uma crítica à expressão “reparação”:

“A prestação jurisdicional consistente em recolhimento de valor pecuniário ao Fundo da Lei 7.347/85, conforme tem-se insistido, constitui prestação jurisdicional da natureza compensatória, consistente na indenização, pelo equivalente pecuniário, da lesão sofrida. A utilização dos termos ‘reconstituição’ ou ‘reparação’ pela legislação vigente deve ser entendida como imprópria, principalmente em relação ao meio ambiente, em relação ao qual os recursos arrecadados são referentes àquelas lesões irreparáveis.” (SALLES, 1998, p. 319).

Em que pese o entendimento do referido doutrinador, entendemos, com fundamento nas lições de Marcos Destefenni acima citadas, de que a expressão “reparação” é o gênero, do qual a compensação é uma das espécies. Assim, não visualizamos nenhuma impropriedade na utilização da referida expressão.

⁵⁴ Nos utilizamos da expressão “fundos de reparação” em nosso trabalho como forma abreviativa, no que entendemos ser correta a sua utilização.

⁵⁵ De acordo com o Dicionário da Língua Portuguesa - Larousse Cultural, Editora Nova Cultural, São Paulo, 1992, a palavra reconstituir significa “1. Constituir de novo; reorganizar. 2. Restaurar, restabelecer. 3. Devolver à forma original; reformar.” Já a palavra reparar significa “1. Pôr em bom estado de funcionamento o que se havia estragado; restaurar, consertar. 2. Restaurar, revigorar. 3. Compensar, resarcir, indenizar. 4. Notar, observar, perceber.”

À nomenclatura “fundos especiais de reparação dos interesses difusos lesados” cabe a crítica de que menciona apenas os interesses difusos, deixando de lado os interesses coletivos, postos que estes também são indivisíveis. Aliás, seria mais correta a afirmação de “bens” e não de “interesses”, posto que a reparação é dos bens lesados. Cabe a mesma crítica em relação à expressão “fundos de defesa dos direitos difusos”, com o acréscimo de que os referidos fundos não se prestam à defesa de direitos, mas à reparação e prevenção de danos a bens metaindividuais.

Então é possível estabelecer uma nomenclatura correta para tais fundos? Ora, entendemos que, no presente caso, toda denominação de conceito é passível de crítica, porque nunca será suficientemente abrangente. Se fosse possível estabelecer uma denominação, no nosso entender, estaria correto dizer *“fundos para a reparação e para a preservação de bens difusos e coletivos”*. Isso porque, os fundos (federal e estaduais) servem não só para a reparação dos bens difusos e coletivos, no caso de lesão a tais bens, mas também para a preservação dos demais bens metaindividuais. Como já visto, tais fundos têm função precípua de reparação, mas também se prestam à preservação dos citados bens metaindividuais.

No que tange à denominação dada pela lei, no Estado de São Paulo, o Decreto Estadual nº. 27.070/87 denominou o fundo de “Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.” Já a Lei Estadual nº. 6.536/89 utilizou-se da expressão “Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados.” A Lei Estadual 13.555/09, alterou a denominação para “Fundo Estadual de Defesa de Interesses Difusos – FID”. Porém, a Lei Federal nº. 9.008/95 consagrou a denominação “Fundo de Defesa de Direitos Difusos”, utilizando-se da abreviatura “FDD⁵⁶”.

Apesar da crítica acima apontada à expressão “defesa de direitos” e a restrição à menção de “direitos difusos”, parece-nos que a denominação legal é a que tem prevalecido. No entanto, também tem sido muito difundida a expressão “fundos de reparação” para abreviar a denominação dos fundos descritos no artigo 13 da Lei nº. 7.347/85, no que entendemos também estar correto.

⁵⁶ É digna de nota a lição de Ada Pellegrini Grinover:

“Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo ‘status’ de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.” (GRINOVER,1998, p. 623).

3.5 – Fundos federal e estaduais

Como já foi mencionado, o artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública estabelece duas espécies de fundos: um de caráter federal, gerido por um conselho federal, e outro de caráter estadual, gerido por conselhos estaduais. Ambos possuem a mesma finalidade. O que os diferencia, além da estrutura administrativa, é que as condenações pecuniárias deverão ser encaminhadas a um ou outro dependendo do interesse em questão ter abrangência nacional ou estadual.

3.5.1 – Atribuição dos fundos federal e estaduais para receber o valor das condenações pecuniárias

Evidentemente, as condenações pecuniárias não são a única fonte de renda de tais fundos, posto que há dotações orçamentárias do ente federativo a que pertencem, doações de terceiros, etc. Contudo, em regra, é possível afirmar que as indenizações pecuniárias decorrentes da lesão de bens metaindividuais em virtude de condenação em ações que haja interesse da União deverão reverter ao fundo gerido pelo conselho federal. Já as indenizações pecuniárias decorrentes de lesão a bens metaindividuais em virtude de condenação nas demais ações civis públicas devem ser revertidas aos fundos geridos pelos conselhos estaduais.

Outra não é a lição de Édis Milaré:

“Ao Fundo Federal são recolhidas indenizações relativas aos danos suportados por bens e direitos de interesse da União, ou os que, por sua amplitude, não fiquem restritos aos territórios de apenas um dos Estados. Nos casos em que os danos se circunscrever ao território de uma das unidades da Federação, as indenizações devem ser endereçadas ao Fundo estadual respectivo.”(MILARÉ, 2009, p. 1.120-1).,

No mesmo sentido é a lição de Hugo Nigro Mazzilli:

“A existência de dois tipos de fundos deve-se ao sistema federativo brasileiro. Se a ação civil pública ou coletiva correr perante vara federal e envolver interesses da União, de

empresa pública federal ou de entidade autárquica federal, o produto auferido irá para o fundo federal; nas demais ações, será depositado no fundo estadual respectivo, sujeito à gestão local. Se a União ou seus entes não tiveram interesse processual e legitimidade para comparecer à ação civil pública ou coletiva, também não o terão para gerir o produto arrecadado.” (MAZZILLI, 2002, p. 396).

Há de se lembrar que as ações civis públicas cujo montante da condenação em pecúnia poderá ser revertido para os citados fundos podem ser de conhecimento (indenizatórias ou cominatórias de multa diária – de cunho condenatório, constitutivo ou declaratório), cautelares e de execução judicial (da sentença condenatória da indenização e/ou da multa diária) ou extrajudicial (fundada em termo de ajustamento de conduta).

Portanto, em regra, é possível afirmar que todas as ações civis públicas que tramitam na Justiça Federal deverão ter os valores da condenação em pecúnia revertidos para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, geridos pelo conselho federal. Isto porque, de acordo com o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal cabe à Justiça Federal processar e julgar:

“I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente do trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;”;

Logo, sempre que houver interesse da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, a competência deverá ser deslocada para uma das varas da Justiça Federal.

Contudo, como adverte Hugo Nigro Mazzilli:

“Não é, porém, qualquer interesse da União, de entidade autárquica federal ou de empresa pública federal que desloca a competência para a Justiça federal: é preciso esteja presente interesse que as coloque como autoras, réis, assistentes ou oponentes.” (MAZZILLI, 2002, p. 225).

Portanto, como bem observado, pelo autor retro citado, não basta apenas que a lei mande citar a União ou ente federal para que a competência seja deslocada para a Justiça Federal. É preciso que os referidos entes tenham interesse em atuar na condição de autoras, réis, assistentes (simples ou litisconsorcial) ou oponentes. É o que ocorre, por exemplo, nos processos de usucapião, onde obrigatoriamente a União é citada para manifestar eventual interesse na causa.⁵⁷

⁵⁷Artigo 943 do CPC.

Caso não tenha interesse, o processo tramitará na Justiça Estadual; somente na hipótese de haver interesse é que os autos deverão ser remetidos à Justiça Federal.

Porém, é preciso notar que no âmbito da Justiça do Trabalho há a possibilidade de propositura de ação civil pública, como, por exemplo, para a defesa do meio ambiente do trabalho⁵⁸. Neste caso, independentemente de eventual interesse da União, do Distrito Federal ou dos Estados, a competência será sempre da Justiça do Trabalho. Assim afirma o artigo 114, inciso I, da Constituição Federal, que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

“I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;”

Assim, há que se indagar: no caso de condenação em valor pecuniário decorrente de ações civis públicas julgadas na Justiça do Trabalho, a que fundo de reparação deverá ser revertido tal quantia?

Como já dito, a hipótese mais comum é de propositura de ação civil pública para a defesa do meio ambiente do trabalho. Assim, utilizaremos dela como exemplo, mas o mesmo raciocínio é válido para qualquer ação civil pública na esfera trabalhista⁵⁹. Assim, neste caso, há que se indagar se a União ou algum ente público federal tem interesse como autor, réu, assistente ou opONENTE. Se a resposta for positiva, o produto apurado a título de condenação em indenização pecuniária deverá ser revertido ao fundo gerido pelo conselho federal. Há que se reparar, que nesta hipótese, a Justiça do Trabalho continua com competência para o julgamento da lide, não havendo deslocamento pelo fato de existir interesse da União ou de seus entes da administração indireta. Assim, se for ajuizada uma ação civil pública para a defesa do meio ambiente do

⁵⁸ De acordo com Nelson Nery Júnior, em seu artigo intitulado “A ação civil pública no processo do trabalho”, qualquer direito metaindividual (difusos, coletivos e individuais homogêneos) são passíveis de serem defendidos na esfera trabalhista. Assim, afirma:

“De qualquer sorte, esses três tipos de direitos metaindividuals podem ser defendidos por meio de ação coletiva perante os órgãos da Justiça do Trabalho, desde que sejam decorrentes de relação de trabalho e que seja competente a Justiça do Trabalho (CF 114).” (in Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985 – 15 anos, Coord. Édis Milaré, 2^a. ed., Ed. RT, São Paulo, 2002, p. 611).

⁵⁹ Ainda adverte Nelson Nery Júnior, no texto “A ação civil pública no processo do trabalho”:

“Portanto, a ação coletiva que não seja dissídio coletivo (CLT 856 ss., nem ação de cumprimento (CLT 872), ações essas que têm regras próprias fixadas na CLT, devem ser ajuizadas com fundamento no sistema normativo do processo civil coletivo brasileiro (CF, LACP, CDC e, subsidiariamente, CPC).

Ao dizermos que essas ações seguem as regras da ação coletiva do sistema normativo do processo civil coletivo, queremos significar que a elas não se pode opor a sistemática específica da CLT para os dissídios coletivos e ações de cumprimento, de aplicação restrita a essas duas situações.” (MILARÉ, 2002, p. 608).

trabalho em face de uma empresa pública federal, caso haja condenação em pecúnia (indenização ou multa diária), tal valor deverá ser encaminhado ao fundo federal. Ao contrário, não havendo nenhum interesse da União ou de seus órgãos da administração indireta, os valores decorrentes de condenação pecuniária deverão ser revertidos a um dos fundos geridos pelos conselhos estaduais. Assim, se a mesma ação civil pública para a defesa do meio ambiente do trabalho é proposta em face de empresa particular, os valores da condenação em pecúnia deverão ser revertidos ao fundo localizado no Estado onde ocorreu o dano.

Aliás, este raciocínio será válido para qualquer ação civil pública proposta em qualquer das esferas do Poder Judiciário, salvo se houver norma legal específica determinando que os valores devam ser revertidos para outro fundo ou para outro fim específico.

No entanto, há que se advertir, que Celso Antonio Pacheco FIORILLO (2010, p. 504-5) cita um exemplo em que a 6^a. Turma do TRT da 2^a. Região proferiu-se entendimento diverso. Assim, no julgamento do Proc. 01042.1999.255.02.00-5, Recurso Ordinário, em que o recorrente foi o Ministério Público do Trabalho e a recorrida a Companhia Siderúrgica Paulista (COSIPA), dos autos originários da 5^a. Vara do Trabalho de Cubatão, a referida 6^a. Turma do TRT da 2^a. Região, de forma unânime decidiu: “*EMENTA: DANO MORAL COLETIVO. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. LEUCOPENIA. DESTINAÇÃO DA IMPORTÂNCIA REFERENTE AO DANO MORAL COLETIVO – FAT E INSTITUIÇÃO DE SAÚDE (LEI N. 7.347/85, ART. 13).*”

Na citada decisão, mencionou-se que como havia condenação em dinheiro, o disposto no artigo 13 da Lei nº. 7.347/85 deveria ser observado, para que os recursos fossem destinados à reconstituição dos bens lesados. Assim, mencionou-se que “*torna-se necessário estabelecer a destinação da importância, tendo presente, primordialmente, que a finalidade social da indenização é a reconstituição dos bens lesados.*” Desta forma, determinou-se que do montante total da condenação, 12,5% fosse encaminhado ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), instituído pela Lei nº. 7.998/90, e que os 87,5% restantes fossem revertidos para a Santa Casa de Misericórdia de Santos, para a aquisição de equipamentos e/ou medicamentos para o tratamento de pessoas portadoras de leucopenia.

Embora louvável e efetiva a destinação dada pela 6^a. Turma do TRT da 2^a. Região ao valor da indenização em pecúnia naquele caso concreto, parece-nos, pelo que foi acima dito, que tal decisão é equivocada. Na citada decisão, embora tivesse sido feita a menção ao artigo 13

da Lei da Ação Civil Pública, não se respeitou a sua norma. Os valores apurados em tal ação civil pública trabalhista deveriam ter sido revertidos ao FID do Estado de São Paulo. No nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre no sistema norte-americano da “class action”, não pode o magistrado determinar o destino das condenações pecuniárias em ação civil pública envolvendo interesses metaindividuais indivisíveis (difusos e coletivos). Logo, de acordo com a regra vigente, a decisão foi equivocada ao não estabelecer que os valores da condenação fossem revertidos ao FID. Somente o referido fundo, posteriormente, poderia determinar a devida utilização dos valores para a prevenção ou recuperação dos bens lesados. Isso ocorre porque, na referida decisão, o órgão prolator do acórdão determinou que a indenização tivesse destino diverso do previsto na lei. Outra coisa seria se o citado órgão jurisdicional determinasse medidas compensatórias para minimizar o dano ou medidas compensatórias por equivalência, que se constituem em obrigações de fazer, de não fazer e de dar. Por exemplo, estabelecer no acórdão a obrigação de dar para a COSIPA, consistente em adquirir equipamentos e medicamentos, relacionados à mesma doença (leucopenia), e os entregar à Santa Casa de Misericórdia de Santos. Mas, no citado acórdão, determinou-se que a indenização em pecúnia fosse encaminhada ao citado hospital, para que este estabelecimento adquirisse os citados equipamentos. Ora, qualquer valor em pecúnia, não sendo cabível nenhuma medida compensatória, deverá ser destinado a um dos fundos do artigo 13 da Lei nº. 7.347/85 por expressa determinação legal, conforme já visto.

Interessante notar que os juízes trabalhistas, tanto de 1^a. quanto de 2^a. instância, têm, sistematicamente, condenado os réus em ações civis públicas, inclusive em defesa do meio ambiente do trabalho, a pagar multa diária e indenização, determinando-se que tais valores devam ser revertidos ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Menciona-se, como exemplo, a ACP da 11^a. Vara do Trabalho de São Paulo (autos nº. 02379200501102008), onde se determinou que tais valores deverão ser revertidos ao FAT, “*consoante art. 13 da L. 7.347/85*”. Ora, o citado dispositivo não determina que tais valores sejam encaminhados ao FAT, mas sim a um dos fundos por ele mencionados. Assim, entendemos que na esfera trabalhista, tem ocorrido um sistemático desvio de finalidade dos valores que deveriam ser encaminhados aos fundos de reparação do artigo 13 da LACP, sem que os órgãos gestores dos citados fundos tomassem qualquer providência para sanar a grave falha constatada.

Há que se frisar que o Fundo de Amparo ao Trabalho é previsto na Lei nº. 7.998, de 11 de janeiro de 1990. Tal fundo também de caráter contábil, vinculado ao Ministério do Trabalho, tem por finalidade o custeio de programas governamentais, como o seguro-desemprego, abono salarial e financiamento de programas de desenvolvimento econômico (artigo 10 da citada lei). Tal fundo é gerido por um conselho deliberativo, chamado CODEFAT (artigos 18 a 20). Logo, o mencionado fundo tem recursos vinculados à Administração Pública, tais como produtos de arrecadação de contribuições devidas ao PIS ou PASEP, etc. (artigo 11 e seus incisos), posto que servem para atender uma finalidade da Administração Pública: amparo ao trabalhador. Como se vê, de uma simples leitura, percebe-se que o citado fundo não tem qualquer relação com a defesa de direitos difusos e coletivos. Logo, os valores decorrentes de multa diária e condenação em pecúnia decorrentes de ações judiciais em defesa de interesses metaindividuais jamais poderiam ser encaminhados a tal fundo, posto que cabe exclusivamente à Administração Pública providenciar o repasse de recursos ao FAT, posto que este tem por fim exclusivamente o custeio de programas governamentais.

3.5.2 – Fundos Municipais

Como já mencionado, o artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor permite a criação de fundos municipais para a defesa do consumidor (ver item 2.4.5 retro). Além disso, há previsão legal para a criação de fundos municipais de proteção do idoso, conforme artigo 84 do Estatuto do Idoso (ver item 2.4.3 retro) e de fundos municipais de defesa da criança e do adolescente, de acordo com o artigo 214, “caput”, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ver item 2.4.2 retro). No entanto, trata-se de fundos com matérias específicas, cada um voltado para sua área de atuação.

Desta maneira, há que se indagar se é possível a existência de fundos municipais de reparação dos direitos difusos, nos moldes do artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública.

Para Paulo Eduardo Alves da Silva, em seus comentários ao artigo 20 da Lei da Ação Civil Pública:

“...A existência de Fundos de proteção a interesses difusos em nível municipal é bastante complexa e alvo de debates em doutrina, dado o risco de se tornarem um canal de

descontrole da arrecadação e destinação dos recursos públicos. De toda a forma, uma pesquisa simples denuncia o crescimento dos fundos municipais de proteção a interesses difusos, o que justifica que esse tema seja objeto de alguma reflexão pela doutrina e pelos gestores públicos. Questões como a divisão de competência entre o fundo estadual e os fundos municipais, as formas de controle sobre a arrecadação e destinação dos recursos dos fundos municipais, a composição dos Conselhos Gestores dos Fundos municipais, etc. ainda não estão suficientemente definidas.” (COSTA, 2006, p. 579).

Duas colocações se fazem necessárias. A primeira delas é a possibilidade de criação de fundos municipais de reparação a direitos difusos. Ora, trata-se de uma opção legislativa, não havendo em nosso ordenamento jurídico vedação expressa a tal espécie de fundo, desde que seja feito por meio de lei. Assim, haveria a necessidade de se alterar a redação atual do artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública para se permitir a criação de fundos municipais com a mesma finalidade prevista naquele artigo.

Então, indaga-se: atualmente, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, é possível a criação de tais fundos municipais? A resposta, neste caso, parece-nos negativa. Os fundos municipais acima citados foram instituídos por meio de lei federal (CDC, ECA e Estatuto do Idoso), a fim de que uma lei municipal pudesse criá-los. Já os fundos de reparação dos direitos difusos têm previsão específica no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública, a fim de que pudessem ser criados fundos na esfera federal e estaduais. Há uma razão lógica para isso. Os citados fundos, como já visto, foram criados para receberem os valores decorrentes de condenações pecuniárias e multas diárias em virtude de processo judicial, embora também tenham outras receitas. A divisão em fundos de natureza federal e estaduais, no nosso sentir, deveu-se em virtude da existência de duas esferas judiciais: uma federal e outra estadual. Portanto, em regra, os valores arrecadados em processos na esfera federal são encaminhados ao fundo federal e as indenizações e multas diárias em processos da Justiça Estadual têm seus valores revertidos aos fundos estaduais. Assim, ante a falta de previsão legislativa, há impedimento legal para a criação de fundos municipais de reparação. Uma lei municipal que criasse tal fundo no âmbito de seu município e impusesse como uma forma de suas receitas o recebimento de valores decorrentes de condenações judiciais em pecúnia estaria contrariando a norma hoje em vigor do artigo 13 da LACP.

Porém, uma coisa deve ficar muito clara. Nós estamos falando de fundos de reparação dos direitos difusos previstos no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública. Nada impede

que o município crie fundos de proteção, como é o caso do meio ambiente, dotando-o, entre outras receitas, de dotações orçamentárias daquele município e multas administrativas aplicadas no âmbito municipal⁶⁰. O que não pode é o município retirar de um órgão federal ou estadual (fundos de reparação) uma parcela das receitas (condenações judiciais em pecúnia e multas diárias), posto que por lei federal expressa tais valores caberiam somente àqueles fundos. Como já referido, para que se pudesse existir tais fundos municipais de reparação dos direitos difusos, haveria que se fazer uma alteração legislativa, alterando-se o teor da norma do artigo 13 da Lei nº. 7.347/85.

Neste sentido, é a lição de Ronaldo Porto Macedo Júnior:

“Deste modo, a lei municipal pode constituir fundos de interesse difusos na esfera do município, para os quais reverteriam as multas aplicadas por agentes administrativos encarregados da defesa do consumidor e outras fontes admitidas por lei como a doação, repasse de recursos através de convênios etc. É seguro, contudo, que ao fundo municipal não reverteriam os recursos oriundos de indenizações por ações propostas, porquanto o art. 13 da LACP menciona expressamente apenas os fundos estaduais e federal.” (MILARÉ, 2002, p. 804). Embora por outras palavras, chegou-se à mesma conclusão: não é possível a colidência de receitas entre os fundos federal e estaduais de reparação e os fundos municipais, salvo se houver posterior mudança legislativa.

Então, estaríamos diante de outro dilema. Haveria efetividade em tais fundos municipais? Aqui é preciso levar em consideração alguns fatores: 1) os fundos de reparação constituem um órgão administrativo, de natureza contábil, vinculado ao Poder Executivo; 2) há discricionariedade na utilização dos recursos dos citados fundos por meio de seus conselhos gestores.

Em primeiro lugar, é indubitável que o fundo de reparação deverá priorizar, na utilização de seus recursos, o local onde ocorreu o dano. Porém, como se verá adiante, não há a exigência legal de uma vinculação neste sentido, embora se estabeleça que tais recursos devam

⁶⁰ É o que ocorre, por exemplo, no município de São Paulo. Por meio da Lei Municipal nº. 13.155, de 29 de junho de 2001, foi determinada a criação do Fundo Especial do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – FEMA, para o qual deverão reverter as multas aplicadas no âmbito municipal (artigo 28 do Decreto nº. 42.833, de 07 de fevereiro de 2003). Tal fundo encontra-se hoje regulamentado pela Lei Municipal 14.887/2009, nos artigos 40 a 45 (conselho gestor) e 56 a 60 (fundo). Além das multas impostas pela infração da legislação ambiental, tal fundo municipal também tem como receitas dotações orçamentárias, doações, receitas advindas de crédito de carbono, compensação financeira para exploração mineral (CFEM), etc. (artigo 56, incisos I a XVII).

ser utilizados preferencialmente no local do dano. A decisão do local da utilização dos recursos do fundo de reparação cabe exclusivamente ao seu conselho gestor, por meio de seu poder administrativo discricionário. Isso se justifica por meio de sua estrutura administrativa. Logo, a sentença condenatória à indenização a interesses difusos e coletivos não pode determinar de que forma o fundo deverá utilizar tais recursos. As receitas são incorporadas aos fundos de reparação e, a partir daí, passam a pertencer a um órgão administrativo gerido por um conselho gestor.

Pois bem. Se houvesse uma mudança legislativa para se permitir a criação de fundos municipais de reparação dos direitos difusos, nos moldes do artigo 13 da LACP, haveria a primeira indagação: a quem caberiam os valores decorrentes de condenações pecuniárias e os valores fixados em multa diária em processos judiciais? Se tais valores coubessem aos fundos municipais de reparação, haveria um esvaziamento considerável das receitas do fundo estadual de reparação. Ainda que se permitisse ao juiz do processo determinar o destino de tais indenizações ou multas diárias no caso concreto (ora para um fundo, ora para outro, ou, ainda, a divisão de valores entre eles), também haveria um desfalque nas receitas do fundo estadual de reparação.

Por outro lado, a criação de fundos municipais de reparação também poderia ocasionar outro problema. Por se tratar de um órgão administrativo, assim, como ocorre com os fundos federal e estadual, o conselho gestor municipal também teria uma certa margem de discricionariedade na utilização de tais valores, embora devessem ser utilizados preferencialmente (mas não necessariamente) em relação ao bem lesado.

Nem mesmo se cogita aqui o fato de que o conselho gestor municipal estaria vinculado ao poder executivo local, estando sujeito às intervenções políticas da localidade. Isso seria facilmente resolvido com uma estrutura em que houvesse uma maior representatividade da população.

No entanto, parece-nos que uma situação mais injusta poderia ocorrer em relação ao montante apurado pelas receitas do fundo municipal de reparação. Isso seria variável de fundo para fundo, ou seja, em cada município haveria um fundo com receitas próprias. Isso implicaria em uma pulverização dos valores, que hoje estão concentrados nos fundos federal e estaduais de reparação. Assim, em termos de efetividade, talvez a maior parte dos fundos municipais de reparação nem pudessem ao menos utilizar tais valores, dada a insignificância deles frente à efetiva reparação do bem lesado. Isso sem falar que ainda que houvesse a condenação em pecúnia de um devedor solvente, tal valor poderia ingressar como receita do fundo municipal e ser

utilizado para a reparação de outro bem difuso ou coletivo lesado, a critério do conselho gestor. Além disso, também não é demais frisar que, como é de praxe, muitas execuções acabam sendo propostas em face de réus insolventes.

Portanto, no nosso sentir, a criação de fundos municipais de reparação dos direitos difusos não é a solução para o problema. Estaríamos criando diversas estruturas administrativas (mais gastos públicos) com as mesmas vicissitudes dos atuais fundos federal e estaduais de reparação. Assim, estaríamos transferindo o problema da esfera estadual para a esfera municipal, sem que houvesse uma efetividade na aplicação de tais recursos. Isso porque, a pulverização de tais recursos enfraqueceria a importância de cada fundo.

Logo, nos posicionamos contra a criação de fundos municipais de reparação dos direitos difusos. Entendemos que é preciso prestigiar os fundos estaduais de reparação dos direitos difusos, sendo mais prático criar uma vinculação de receitas, de acordo com a localidade e a natureza dos bens lesados, do que se criar pequenas estruturas com o mesmo vínculo.⁶¹ Não que nos posicionemos a favor disso, mas em termos de efetividade tal solução seria indubitavelmente mais prática.

No entanto, notamos que no município de Criciúma, Estado de Santa Catarina, foi criado por meio da Lei Municipal nº. 4.451, de 22 de dezembro de 2002, o Fundo Municipal de Defesa dos Direitos Difusos (FMDD), conforme artigo 15 da citada lei municipal. O citado artigo menciona, para justificar a criação de tal lei, que o faz com fundamento no artigo 57 do CDC. No entanto, o citado fundo não se restringe apenas à defesa do consumidor, tendo também como objetivo a prevenção de danos ao meio ambiente, bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a qualquer interesse difuso e coletivo no território municipal (artigo 16). Até aí, tudo bem, embora o legislador municipal confunda a natureza do fundo municipal do artigo 57 do CDC como os fundos de proteção do meio ambiente e demais interesses difusos e coletivos. Tal legislador também usa indevidamente a denominação “Fundo de Defesa dos Direitos Difusos”, quando na verdade, de acordo com o artigo 13 da LACP só existem estes

⁶¹ A criação de fundos municipais de reparação dos direitos difusos é uma solução totalmente diferente daquela prevista para o “fluid recovery” do direito norte-americano. O “fluid recovery”, como visto, não é uma estrutura administrativa, mas um instrumento vinculado ao juiz, sendo que a utilização de seu valor é determinado pelo próprio magistrado. Sem dúvida, o sistema norte-americano, de acordo com o caso concreto, tem muito mais possibilidade de ter efetividade do que um fundo municipal nos moldes do artigo 13 da LACP, posto que é menos burocrático.

fundos na esfera federal e estadual. No entanto, o problema é que a citada lei municipal estabelece, em seu artigo 17 que constituem receita do citado fundo, entre outras:

"I - As indenizações decorrentes de condenações e multas advindas de descumprimento de decisões judiciais em ações coletivas relativas a direito do consumidor, conforme artigos 11 e 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e, ainda, ajustamentos de conduta realizados pelo Ministério Público ou pelo próprio PROCON Municipal;"(grifo nosso).

Ora, como já visto a norma do artigo 57, “caput”, do CDC é mais restritiva do que a norma do artigo 214, “caput”, do ECA, permitindo ao fundo estadual e municipal de defesa do consumidor apenas a reversão de valores decorrentes de multas administrativas. Desta forma, por falta de previsão legal em contrário, as multas diárias e as condenações em pecúnia fixadas judicialmente deverão reverter, obrigatoriamente, ao fundo estadual de defesa dos direitos difusos. Assim, tais condenações judiciais jamais poderiam ser revertidas ao citado fundo municipal de Criciúma, posto tal fato que fere o princípio federativo. No entanto, tal ilegalidade não foi contestada até hoje.

3.6 – Evolução legislativa

Foi o artigo 13 da Lei nº. 7.347/85 que instituiu em nosso ordenamento jurídico a figura do fundo de reparação. Contudo, a criação e a regulamentação de tais fundos (federal e estaduais) foram feitas por meio de legislação posterior.

Assim, na esfera federal, o primeiro diploma a regulamentar os citados fundos foi o Decreto nº. 92.302 de 16/01/1986. Interessante notar que o artigo 7º. do referido decreto determinava que os *“recursos destinados ao Fundo serão depositados em estabelecimento oficiais de crédito, em conta especial, à disposição do Conselho Federal.”*(texto similar é encontrado no antigo parágrafo único do artigo 13 da Lei nº. 7.347/85, hoje parágrafo 1º., em virtude da alteração da Lei nº. 12.288/10). Além disso, o artigo 8º. do mesmo decreto também determinava que o Conselho Federal *“mediante entendimento a ser mantido com o Poder Judiciário e os Ministérios Públicos Federal e Estadual”*, deveria ser informado das proposituras de todas as ações civis públicas e dos respectivos trânsitos em julgado delas. Além disso, o artigo

9º. do mesmo diploma ainda determinava que após a aplicação dos recursos, o Conselho Federal deveria remeter relatório ao juiz prolator da sentença condenatória.

Afirmam José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas, no texto intitulado “Algumas considerações acerca do fundo para reconstituição dos bens lesados”:

“Este Decreto constituiu-se, assim, no primeiro diploma legal a tratar detalhadamente sobre o Fundo da Lei da Ação Civil Pública, tendo servido de modelo para a legislação subsequente.” (LEITE e DANTAS, 1996, p. 72).

Contudo, o Decreto nº. 92.302/86 foi alterado Decreto nº. 96.617, de 31.08.1988, que modificou o seu artigo 3º., incisos V e VI, e o parágrafo único. Foi acrescentada ao conselho federal a participação de um representante do Ministério da Agricultura e um representante do Ministério da Ciência e Tecnologia, sendo suprimido o representante do Programa Nacional de Desburocratização.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi instituída a exigência de autorização legislativa para a criação dos fundos de qualquer natureza (artigo 167, inciso IX).

Não obstante a regra constitucional, foi editado o Decreto nº. 407, de 27.12.1991, que revogou os dois decretos anteriores. Entre as principais alterações, além de modificar a composição do conselho federal, o referido decreto instituiu outras formas de receitas para o fundo (artigos 2º. e 3º.). Também em seu artigo 7º. Estabeleceu-se que os *“recursos arrecadados deverão ser distribuídos por aplicações relacionadas diretamente à natureza da infração ou dano causado.”* Já o artigo 8º. estabelecia que no caso de concurso de créditos de condenação em ação civil pública e de indenizações pelos prejuízos pessoais, estas últimas teriam preferência para recebimento dos valores, nos termos do artigo 99 do Código do Consumidor. Além disso, foi estipulado que os recursos *“destinados ao Fundo serão mantidos e geridos pelo Conselho Federal por meio da conta única do Tesouro Nacional”* (artigo 11). Por fim, o decreto afirmava que o citado fundo *“integrará a estrutura organizacional do Ministério da Justiça como órgão diretamente vinculado ao Ministro de Estado.”* (artigo 13).

Por sua vez, o Decreto nº. 407/1991 foi revogado pelo Decreto nº. 1.306, de 09.11.1994, até hoje em vigor. Entre as principais alterações houve o aumento das receitas destinadas ao citado fundo (artigo 2º., incisos IV a VIII), alteração na representação dos membros do conselho federal (artigo 3º.), a ampliação das atribuições do conselho gestor (artigo 6º.). Além disso, determinou-se que a aplicação dos recursos serão prioritariamente utilizados na reparação

específica do dano causado, sempre que possível (artigo 7º. e seu parágrafo único). Já o artigo 10 determina que os *recursos destinados ao fundo serão centralizados em conta especial mantida no Banco do Brasil S.A., em Brasília, DF, denominada “Ministério da Justiça – CFDD – Fundo.”* No artigo 11 ficou mantida a necessidade de o conselho federal ser informado sobre a propositura de toda e qualquer ação civil pública e seus respectivos trânsitos em julgado, embora não tivesse sido mantida a exigência de se comunicar o integrante do Poder Judiciário local sobre a utilização dos valores do fundo.

Contudo, a exigência constitucional do artigo 167, inciso IX, somente foi atendida com o advento da Lei nº. 9.008, de 21.03.1995. Como mencionam José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas:

“Mais recentemente ainda, a Lei 9.008, de 21.03.1995, fruto de votação, pelo Congresso Nacional, da Medida Provisória 913, do mesmo ano, criou, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13, da Lei 7.347/85. Na prática, entretanto, a mencionada Lei ordinária não se limita à criação do Conselho Federal gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (CFDD), mas vai além, dispondo detalhadamente acerca do Fundo, no que tange à sua finalidade (art. 1º., §1º.), recursos que o compõe (art. 1º., §2º.), aplicação dos mesmos (art. 1º., §3º.), etc. Por esse motivo, entendemos, salvo melhor juízo, haver a mencionada Lei cumprido a exigência constitucional inserta no art. 167, IX, da Lei Maior, que impõe a necessidade de autorização legislativa para a criação de fundos.” (LEITE e DANTAS, 1996, p. 173).

O texto da Lei nº. 9.008/1995 será detidamente analisado por nós em tópico adiante. Porém, Não é demais lembrar aqui a lição de Ronaldo Porto Macedo Júnior no sentido de que a Lei nº. 9.008/95 não é uma lei de caráter genérico, disciplinando, exclusivamente, o fundo na esfera federal. Assim, *“Isto gera a conclusão de que a lei estadual não estará adstrita aos parâmetros fixados pela Lei 9.008/95, mas tão-somente àqueles preestabelecidos pela Lei de Ação Civil Pública.”* (MILARÉ, 2002, p. 813). No entanto, na prática, embora não seja uma regra vinculativa, notamos que há uma similitude nas regras do FDD e do FID do Estado de São Paulo, o que não deixa de ser um fator positivo na disciplina de tais fundos.

Na esfera estadual, adverte Édi Milaré:

“Por sua vez, alguns Estados criaram seus respectivos fundos estaduais, como é o caso dos Estados do Acre, Amapá, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Pará, Paraná,

Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo (este último disciplinado pelo Decreto estadual 27.070, de 08.06.1987, e pela Lei estadual 6.536, de 13.11.1989). ” (MILARÉ, 2009, p. 1.120).⁶² Há que se mencionar, ainda, que de acordo com Ricardo Quais Duarte, no texto intitulado “Os Fundos de Reparação dos Interesses ou Direitos Difusos Lesados: Natureza, Gerência e Serventia”, o Estado de Santa Catarina também criou seu fundo estadual (Fundo para a Reconstituição de Bens Lesados – FRBL) por meio do Decreto Estadual nº. 1.047/1987 (SALLES, 2006, p. 126, nota 50). Aliás, tal fundo, até esta data, não atende à exigência constitucional do artigo 167, inciso IX, da CF. Há que se mencionar, ainda, que na esfera ambiental, o Estado de Santa Catarina criou, por meio da Lei Estadual nº. 14.675/2009, o Fundo Especial de Proteção ao Meio Ambiente (FEPEMA) e o Fundo de Compensação Ambiental e Desenvolvimento (FCAD). Porém, tais fundos contam com fontes de arrecadação e atribuições diversas do FRBL.

Cabe aqui mencionar a crítica Ricardo Quais Duarte, no mesmo texto acima citado:

“Importante destacar, em matéria de serventia, questão relacionada à falta de implementação dos fundos em alguns estados do País. Considerando que a Lei da Ação Civil Pública já conta com 20 anos de existência, reputa-se inadmissível que legisladores estaduais não tenham ainda criado fundos estaduais de reparação de direitos e interesses difusos lesados, como determina o art. 13 daquela lei. Essa inércia impede que a lei alcance seus objetivos em sua plenitude, pois, como é cediço, condenações impostas pela Justiça Estadual devem ser encaminhadas aos fundos estaduais, não ao fundo federal, que só colhe recursos de condenações impostas pela Justiça Federal.”(SALLES, 2006, p. 113).

⁶² É de se anotar que alguns estados acabam utilizando-se de outros fundos equivalentes para encaminhar as quantias pecuniárias decorrentes de condenações judiciais e termos de ajustamentos de condutas. É o que ocorre, por exemplo, com o Estado de Alagoas, que destina tais valores decorrentes da área ambiental ao Instituto do Meio Ambiente de Alagoas (IMA/AL); também destina recursos ao Fundo Estadual da Infância e Juventude nos casos envolvendo saúde pública (para consulta ver <http://www.mp.al.gov.br/pgj/administrativo/MPEnDOE/resenhas/index.asp?vCod=10635&idioma=pt>). Outros exemplos são o Fundo Estadual do Meio Ambiente (FEMA/AM) e o Fundo Estadual de Defesa do Consumidor criados pelo Estado do Amazonas (ver <http://www.mp.am.gov.br/index.php/pesquisa/Fundo%2BEstadual?ordering=&searchphrase=all>). Também no Estado da Bahia há o Fundo Estadual de Proteção ao Consumidor criado pela Lei Estadual nº. 6.936, de 24/01/1996. A ausência de fundos de reparação nos moldes do artigo 13 da LACP nestes estados permite tal distorção, como uma forma alternativa de utilização dos valores decorrentes de condenações judiciais e termos de ajustamento em pecúnia.

Portanto, é inadmissível tal inércia por parte de alguns legisladores estaduais.

Voltando ao tema, como já referido, nos deteremos em relação à legislação paulista. Como é perceptível, assim como ocorreu na legislação federal, no Estado de São Paulo o fundo gerido pelo conselho estadual foi criado inicialmente por meio de decreto. No entanto, após a Constituição Federal, no ano seguinte, já foi atendida a exigência da norma constitucional do artigo 167, IX, com a promulgação da Lei Estadual nº. 6.536/1989.

A referida lei foi alterada pela Lei Estadual nº. 13.555, de 09 de junho de 2009. Como se verá adiante, a maior inovação desta lei foi estabelecer a nomenclatura do fundo, bem como de vincular o citado fundo à Secretaria Estadual de Justiça.

3.7 – Fundos de reparação e sua correlação com o contrato de seguro e os fundos de compensação

Adverte-nos Édis Milaré que:

“O seguro ambiental, do mesmo modo que os fundos de indenização, é um importante instrumento de implementação do princípio da reparação integral do dano ambiental, que estudamos antes. Isso porque o seguro ambiental garante a disponibilidade dos recursos financeiros necessários à reprise da totalidade do dano causado ao ambiente, mesmo na hipótese de insolvência do poluidor.” (MILARÉ, 2009, p. 968).

Portanto, o seguro, seja para bens ambientais ou para quaisquer outros interesses metaindividuais, é um instrumento viável para agilizar a indenização. Trata-se de um mecanismo de minimização das consequências danosas dos riscos perante a sociedade (socialização dos riscos).

De acordo com Luciana Stocco Betiol a “*socialização dos riscos tem por fundamento a filosofia de que existem riscos sociais dos quais a vítima não possui meios para se defender. Seria injusto lançar sobre os seus ombros a obrigação de por eles responder de forma integral, por isso o seu parcelamento com a sociedade* (FRANÇA, 2006, p. 10). ” Adverte, ainda, a citada autora que a expressão “socialização dos riscos” é a tradicionalmente utilizada, “*mas deixamos um alerta de que não é risco que é socializado, mas sim as consequências danosas dele advindas, bem como a respectiva indenização.* ” (BETIOL, 2010, p. 194).

Neste sentido, afirma Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

“...Mas, porque implica garantia de indenidade, com real função previdenciária, e com a crescente multiplicidade e complexidade das relações entre os indivíduos, cuida-se de contrato de especial interesse social, uma vez que, afinal, repita-se, serve a assegurar a integridade das pessoas diante de acontecimentos danosos cada vez mais freqüentes e diversificados, conforme a evolução das mais variadas atividades humanas.” (PELUSO, 2007, p. 622).

A existência de riscos é cada vez mais evidente nos dias atuais. A ação do ser humano sobre o planeta Terra e sobre a própria sociedade tem provocado o que se convencionou denominar de “sociedade de risco”. Em entrevista concedida à revista IHU “On-Line”, sob o título “Incertezas fabricadas”, Ulrick Beck afirma:

“‘Sociedade de risco’ significa que vivemos em um mundo fora de controle. Não há nada certo além da incerteza. Mas vamos aos detalhes. O termo ‘risco’ tem dois sentidos radicalmente diferentes. Aplica-se, em primeiro lugar, a um mundo governado inteiramente pelas leis da probabilidade, onde tudo é mensurável e calculável. Esta palavra também é comumente usada para referir-se a incertezas não quantificáveis, a ‘riscos que não podem ser mensurados’. Quando falo de ‘sociedade de risco’, é nesse último sentido de incertezas fabricadas. Essas ‘verdadeiras’ incertezas, reforçadas por rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas, estão criando uma nova paisagem de risco global.” (Disponível em:http://www.ihu.unisinos.br/index.php?option=com_noticias&Itemid=18&task=detalhe&id=4534, em 22/05/2009).

Neste aspecto, não podemos deixar de transcrever a lição de Edgar Morin, que assim nos alerta:

“Tudo, neste mundo, está em crise. Dizer crise é dizer – já o vimos anteriormente – progressão das incertezas. Em toda parte, por tudo, as incertezas progrediram. Significa dizer que se os profetas podem profetizar, se os videntes podem ver, os diagnosticadores não podem mais ver direito, os prognosticadores não podem mais predizer. O presente está em estado de danação. O planeta vive, cambaleia, gira, arrota, soluça, geme, sem contar com o amanhã. Tudo é feito, vivido, a curto prazo. O futuro se apaga, visto que ele depende não somente das eventualidades e bifurcações (que talvez já tenham ocorrido...), mas igualmente de um eventual tudo ou nada. Mas não estamos, por essa razão, na confusão. Nós perdemos a evolução linear, o

vir a ser programado, o futuro robotizado, mas ganhamos um complexo de idéias ‘críticas’. Sabemos que os encadeamentos e multiplicações das crises são inseparáveis de uma evolução que acreditávamos nomear de desenvolvimento e progresso; vimos que se esta evolução comporta efetivamente desenvolvimento e progresso, os desenvolvimentos comportam subdesenvolvimentos e as progressões comportam regressões. Sabemos, igualmente que esta evolução comporta rupturas e transformações radicais, que ela produzirá transformações ainda mais radicais, e que estamos no século das revoluções. Enfim, sabemos que a evolução talvez tenda para sua autodestruição. Dessa forma, estamos num mundo que nos aparece simultaneamente em evolução, em revolução, em progressão, em regressão, em crise, em perigo.”(MORIN, 2010, p. 34-5).

Desta forma, em nosso artigo intitulado “Solidariedade e Direito Ambiental”, concluímos: “*Surge, assim, o que Ulrick Beck denomina de “modernidade reflexiva”. Alexandre Manuel Rosa Varela utiliza-se deste conceito em seu texto denominado “Globalização, domínio e sociedade de risco”, para afirmar que a chamada modernidade reflexiva representa uma relação biunívoca dos homens entre si e entre o homem e a natureza. A dominação do homem sobre a natureza é confrontada com os reflexos da ação dele sobre aquela. Daí decorre os riscos de catástrofes naturais, como um reflexo da ação de dominação do homem sobre a natureza, de forma desordenada.*” (COELHO, 2011, p. 386).

Assim, o desastre natural ocorre de forma reflexiva, como uma resposta de uma ação humana (ocupação indevida de encostas, que são áreas de risco, por exemplo). Desta maneira, o risco é provocado pela própria ação humana sobre a natureza.⁶³

⁶³ Alexandre Manuel Rosa Varela, no texto acima referido, ainda afirma que a modernidade reflexiva caracteriza-se por três fatores:

- a) perda de controle sobre a produção e distribuição dos riscos;
- b) distribuição igualitária dos riscos;
- c) internacionalização dos riscos em virtude da globalização.

Assim, estes riscos são distribuídos de forma igualitária em toda a sociedade, não aceitando barreiras de classes sociais e de estados. Exemplo: um ataque terrorista pode vitimar tanto ricos como pobres; igualmente a perda da camada de ozônio e a poluição atmosférica por metais pesados atingem a todos. Assim, menciona Alexandre Manuel Rosa Varela:

“Neste sentido, o fenômeno aglutinador ‘boomerang’ tende a afectar igualitariamente as desiguais posições de classes, em virtude do carácter globalizante dos riscos e da sua nova essência, isto é, são configurados sob a ideia de ‘efeitos colaterais’ que tanto podem resultar da agricultura mega-intensiva que provoca a erosão e declínio da fertilidade dos solos, da comercialização de alimentos transgênicos não controlados, como da proliferação de armas de destruição maciça. A circulação da ameaça é generalizável e debaixo do imenso guarda-chuva dos riscos, vítima e prevaricador tornam-se idênticos na exposição aos mesmos.

Dante deste cenário típico do que se convencionou chamar de pós-modernidade, os contratos de seguro passaram a ter especial importância em nossa sociedade, inclusive para a reparação de danos a bens metaindividuais, embora em nosso ordenamento jurídico essa ideia ainda seja incipiente.

Falando especificamente em relação ao seguro por danos ambientais, Luciana Stocco Betiol afirma:

“A previsão desta modalidade de seguro encontra-se, ainda, restrita a alguns países. Podemos citar a Alemanha (com sua legislação especial sobre responsabilidade civil, Lei de 7-11-1990), a França, a Suíça, a Bélgica, a Suécia, os EUA e a Itália.” (BETIOL, 2010, p. 203).

E Édis Milaré complementa: “*A prática tem demonstrado que em nosso país o seguro ambiental aparece timidamente como um apêndice do Seguro de Responsabilidade Civil Geral, para a cobertura apenas dos danos decorrentes da chamada ‘poluição súbita ou inesperada’, de menor custo e exigências mais modestas do que o seguro específico da ‘poluição contínua’, de maior valor e carente sempre de um rigoroso diagnóstico ambiental a que poucos estão efetivamente preparados.*” (MILARÉ, 2009, p. 969).

Embora incipiente, trata-se de uma espécie de contrato que tende a crescer cada vez mais, em virtude dos fatores de riscos acima apontados.

Desta forma, o conceito de contrato de seguro está descrito no artigo 757 do Código Civil, que afirma que o contrato de seguro é aquele em que “*o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.*”

Logo, qualquer interesse lícito do segurado é passível de ser acobertado por meio de um contrato de seguro. Portanto, é abrangente o conceito legal, abarcando as hipóteses de interesses metaindividuais, posto que são interesses legítimos.

No entanto, vê-se que ainda que haja a possibilidade de seguro em face de danos ambientais (por exemplo), o foco ainda é a proteção de microbens e as vítimas reflexas do dano ambiental. Desta forma, no Brasil, o seguro por danos ambientais a macrobens não é difundido,

Em suma, se a distribuição de riqueza é desigual, já a distribuição de riscos o não é.” (Globalização, Domínio e Sociedade de Risco. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/2004_03.pdf, acessado em 10/02/2011). Desta forma, o ser humano passa a ter consciência que sua conduta reflete, de forma direta ou indireta sobre a natureza, provocando riscos ao próprio homem, como se fosse um efeito “boomerang”.

por uma questão econômica. As seguradoras têm alegado a dificuldade da mensuração dos danos difusos como fator de inviabilidade da celebração de tal contrato.⁶⁴

No entanto, Walter Polido assevera:

“Os danos que atingem também e exclusivamente direitos difusos podem e devem, portanto, ser cobertos e abrangidos por apólices de seguros que se propõem a cobrir risco ambiental. Aquelas apólices que se limitarem aos tradicionais danos patrimoniais individuais ou aos danos corporais a determinadas pessoas constituirão – no futuro bem próximo – produtos de pouca importância ou quase sem nenhum interesse mercadológico, pois a cobertura estará situada em patamar essencialmente restritivo e quase inócuo. O mundo caminha em outra direção e os contratos de seguros devem acompanhar as tendências, até mesmo antecipando as evoluções legislativas, se necessário for.” (POLIDO, 2005, p. 63).

Assim, para estimular o interesse econômico em tais seguros para interesses metaindividuais, o mesmo Walter Polido sugere, especificamente em relação aos danos ambientais, que haja um seguro obrigatório, embora ele próprio afirme que no atual momento a obrigatoriedade do seguro de riscos não funcionará no Brasil.⁶⁵

Não obstante as desvantagens apontadas por vários autores ao seguro ambiental, sendo o mesmo raciocínio extensível aos demais interesses metaindividuais, há indiscutivelmente várias vantagens em tal contrato. As principais delas são apontadas por Luciana Stocco Betiol:

“O seguro traria obrigações e vantagens para todas as partes envolvidas no contrato de seguro. A empresa segurada estaria amparada, quando da ocorrência de sinistros, por meio do pagamento do prêmio à seguradora, em valor compatível com o risco da atividade. A seguradora exerceria contínua vigilância para que a segurada não incidisse em comportamentos motivadores de danos ambientais, em verdadeira auditoria ambiental (TRENNEPOHL, 2008, p. 59). E, ao mesmo tempo, o vitimado teria ao seu lado a rapidez no desembolso da indenização pela seguradora.” (BETIOL, 2010, p. 200).

Somado a isso, poderia ser apontada também a garantia da reparação do dano à vítima, ainda que não haja bens suficientes por parte do autor do dano.

No entanto, embora a indenização no contrato de seguro possa ser limitada até certo valor, isso não exime a responsabilidade do causador do dano. Eventual diferença deverá

⁶⁴ Para mais informações ver Luciana Stocco BETIOL, 2010, p. 197.

⁶⁵ Ver POLIDO, 2005, p. 565-6.

ser resarcida pelo autor do dano, posto que segundo Paulo Affonso Leme Machado “*as vítimas não estão obrigadas a se contentar com uma indenização incompleta, pois por razão de princípio, sustentar o contrário é sustentar que os prejuízos causados por certas atividades ultrapassam a capacidade humana de previsão.*” (MACHADO, 2009, p. 371).

Há que se lembrar, todavia, que de acordo com o artigo 787, “caput”, do Código Civil, a responsabilidade do segurador em face de terceiro deverá ser a mais abrangente possível. Neste sentido, menciona Claudio Luiz Bueno de Godoy:

“...Portanto, é em toda essa extensão, abrangendo o dano moral, que, como regra, responderá o segurador. Ademais, e seguindo a mesma esteira, responderá ele também pela indenização a que esteja obrigado o segurado, independentemente de ação culposa, como tal definida, genericamente, no art. 927, parágrafo único, do atual Código. Isso significa dizer que o segurador garante a responsabilidade civil do segurado, subjetiva e objetiva, como regra em toda a extensão da consequência danosa de sua conduta.” (PELUSO, 2007, p. 657).

No entanto, o §4º. do artigo 787 do Código Civil ainda ressalva que a responsabilidade do segurado também subsistirá se o segurador for insolvente.

Uma solução apontada por alguns autores para o problema dos seguros que possam cobrir todos os danos a bens e interesses metaindividuais, são os chamados “pools” de cosseguro e/ou resseguro. Este instrumento de cobertura de riscos ainda é pouco difundido em nosso país, embora já exista na Europa⁶⁶. Assim afirma Walter Polido:

“O ‘pool’ de co-seguro tem, basicamente, a função de assumir 100% dos riscos colocados pelas aderentes, enquanto o ‘pool’ de resseguro assume determinada parcela do risco que pode chegar próxima de 100%, sendo que a cedente/aderente assume a sua parte em cada risco. Nos dois tipos de ‘pools’ podem ser aderentes as companhias de seguros, como também as companhia de resseguros. Na maioria dos ‘pools’ – especialmente naqueles de resseguro – cada aderente não pode ressegurar a sua parte retida e nem mesmo o ressegurador que dele faz parte

⁶⁶ Walter Polido aponta vantagens na criação de um “pool” brasileiro, nos moldes europeus. Contudo, afirma: “O mercado brasileiro tem certo ceticismo em relação aos ‘pools’ e até mesmo pelos modelos assemelhados até então praticados e representados pelo consórcio do seguro DPVAT, do consórcio inerente às retrocessões internas de resseguro de forma compulsória pelo IRB-Brasil RE, cuja obrigatoriedade foi extinta pela Susep, e ainda em razão de outros fundos que já existiram no País e nem sempre bem sucedidos. Os ‘pools’ europeus para riscos ambientais, entretanto, nada se assemelham a tais mecanismos brasileiros, gozando de autonomia administrativa, financeira e técnica. Além disso, são de natureza facultativa e, por isso, as seguradoras podem aderir ou não, assim como podem se retirar da associação quando quiserem.” (POLIDO, 2005, p. 579).

pode retroceder a sua parcela de responsabilidade aceita, segundo as convenções de cada consórcio.”(POLIDO, 2005, p. 572).

Portanto, o “pool” nada mais é do que a consórcio de empresas de seguro e resseguro, sendo que cada qual assume uma parcela nos riscos colocados pelo aderente. Sem dúvidas, tal instrumento permite uma melhor cobertura e uma melhor possibilidade de indenização integral dos danos provocados.

O que nos interessa mais de perto é saber a destinação dos valores obtidos com o pagamento das indenizações pagas pelo segurador.

Neste aspecto, a existência de contrato de seguro por parte do causador do dano nada altera quanto à dinâmica da utilização dos valores da indenização. Em se tratando de dano individual, os danos deverão ser resarcidos para a vítima do evento danoso. Tratando-se de dano individual homogêneo, a indenização paga pelo segurador deverá ser utilizada para o resarcimento das vítimas, sendo que eventuais sobras não reclamadas deverão reverter a um dos fundos de reparação previstos na Lei da Ação Civil Pública; o mesmo ocorrerá, no caso de ausência de habilitação das vítimas. Por fim, havendo um dano a um bem difuso ou coletivo, a indenização securitária deverá ser revertida a um dos citados fundos. No entanto, como já dito, há vantagem no recebimento da indenização securitária por meio da agilização do montante a ser pago pelo segurador. No entanto, tal fato jamais deverá eximir a obrigação do causador do dano de reparar especificamente o bem lesado, quando sua reparação seja possível. Assim, não é demais frisar que a indenização securitária somente poderá ser aceita como forma de reparação de bens metaindividuais quando a recuperação “in natura” do bem lesado não for possível; do contrário, deverá o causador do dano reparar o dano, por meio de obrigações de fazer, não fazer e dar, utilizando-se do valor securitário apenas para se ressarcir das despesas decorrentes das citadas obrigações a que foi condenado.

Interessante notar que, embora não seja difundido em nosso país, pode haver a constituição de fundos de compensação (também denominados fundos de garantia). Estes fundos de compensação, conforme ressaltados por Walter Polido não se confundem com os fundos de reparação previstos no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública e em outras leis. Tais fundos mencionados pelo citado autor guardam, indubitavelmente, similitude com o “Superfund” norte-americano.

Assim, segundo Walter Polido, os fundos de compensação podem ser privados ou públicos:

“Os fundos privados podem ser compostos e autogeridos, em tese, por empresas pertencentes a uma mesma categoria de atividade, todas elas capitalizando um fundo para fazer frente a eventuais acidentes ambientais, com a obrigação de indenizá-los ou repará-los.

Os fundos públicos, por sua vez, são sistemas oficiais, especialmente criados pelo Poder Público que visam à proteção da sociedade e do meio ambiente, diante da cobrança compulsória de determinado ‘imposto’ – por exemplo, daqueles empresários que o próprio Poder Público também determinou que fariam parte do fundo, capitalizando-o. Dentro daquele princípio que procura evitar a ‘socialização dos prejuízos’, os fundos de compensação para determinadas atividades potencialmente poluidoras foram e continuam sendo estabelecidos em vários países.” (POLIDO, 2005, p. 566-7).

Embora mencione especificamente a área ambiental, o mesmo raciocínio acima exposto é válido para qualquer atividade que possa gerar danos a interesses metaindividuais.

A constituição de tais fundos de compensação, ao lado do contrato de seguro são mecanismos eficazes de cobertura para riscos, permitindo-se, como visto, uma maior agilidade quanto à indenização.

A nossa legislação não disciplina especificamente a matéria referente à constituição de tais fundos de compensação. Contudo, nada impede a sua criação. Em se tratando de fundos de compensação particulares, a sua constituição estaria permitida apenas por meio de criação de uma sociedade para esse fim (artigo 44, inciso II, e Livro II, todos do Código Civil). No entanto, a burocracia envolvendo a constituição de sociedades, em qualquer de suas formas, é um desestímulo à criação de fundos sob esta forma. Há que se observar que também há vedação legal para a constituição desses fundos de compensação por meio de associação (artigo 53 do Código Civil), posto que os citados fundos têm fins econômicos. Igualmente e pelo mesmo motivo, não será possível a sua constituição por meio de fundação (artigo 62 do Código Civil).

Em se tratando de fundos de compensação públicos, a sua criação somente poderia ser permitida por meio de lei (artigo 167, inciso IX, da Constituição Federal).

No entanto, ressalto que o ideal seria a existência de uma legislação que permitisse e incentivasse a criação desses fundos de compensação, o que ainda não existe em nosso ordenamento jurídico⁶⁷.

Do mesmo modo como ocorre com as indenizações decorrentes de contrato de seguro, os valores pagos por tais fundos de compensação, em nosso país, deverão reverter para as vítimas, no caso de interesses individuais homogêneos, salvo eventual sobra que deverá ser revertida a um dos fundos de reparação do artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública. No caso de interesses difusos e coletivos os valores apurados deverão ser revertidos diretamente para aqueles fundos de reparação de interesses difusos.

No entanto, há que se lembrar que no curso do processo, tanto em relação ao contrato de seguro, quanto ao de fundo de compensação, se o dano a um bem metaindividual mostrar-se reparável, o juiz deverá determinar a sua recuperação em espécie, voltando-se ao “status quo ante”. Somente no caso de impossibilidade de recuperação específica de tais bens metaindividuais é que se pode falar em indenização e reversão dos valores em dinheiro a um dos fundos previstos no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública.

3.8 – A “fluid recovery” do direito brasileiro (artigo 100 do CDC)

Conforme visto, nas ações coletivas de defesa dos interesses individuais homogêneos, em vista da dificuldade de se saber o destino a ser dado aos valores arrecadados das condenações quando as pessoas são indeterminadas, o legislador brasileiro foi buscar inspiração no direito norte-americano, por meio do instituto denominado “fluid recovery”⁶⁸.

A “fluid recovery” foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pela regra do artigo 2º., §2º., da Lei nº. 7.913, de 07 de dezembro de 1989. Tal lei dispõe sobre a ação civil

⁶⁷ José Rubens Morato Leite apresenta uma outra alternativa para se facilitar o pagamento da indenização que não seja o seguro. Assim, afirma:

“Talvez um mecanismo alternativo ao seguro seja a exigência de outras garantias da empresa produtora, como um depósito ou fiança prestados pela mesma, com a finalidade de responder por eventuais reparações dos danos ambientais. Uma segunda ilustração seria a implementação de uma legislação ambiental mais severa, no que concerne à responsabilização dos sócios de uma sociedade jurídica, impondo-lhes não só obrigações limitadas ao capital social, mas, também, que estes deveriam responder integralmente frente a terceiros, a título pessoal, isto é, com o seu patrimônio pessoal.” (LEITE, 2003, p. 225).

⁶⁸ Para maiores detalhes, ver subitem 3.1, retro.

pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários⁶⁹.

Assim, afirma a referida norma:

“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 que se referem 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 2 (dois) anos, contado da data da publicação do edital a que alude o parágrafo anterior, devendo a quantia correspondente ser recolhida como receita da União.”

Após, o referido instituto norte-americano foi estendido para todas as ações civis públicas envolvendo a defesa de interesses individuais homogêneos, por meio da norma do artigo 100 da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Assim, diz o artigo 100 do 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 nº. 7.347, de 24 de julho de 1985.⁷⁰”

Assim, afirma Ada Pellegrini Grinover:

“Todavia, o legislador brasileiro não descartou a hipótese de a sentença condenatória não vir a ser objeto de liquidação pelas vítimas, ou então de os interessados que se habilitarem serem em número incompatível com a gravidade do dano. A hipótese é comum no campo das relações de consumo, quando se trate de danos insignificantes em sua individualidade

⁶⁹ Ada Pellegrini Grinover assevera que se trata da primeira lei a introduzir “class action for damages” ao sistema brasileiro, prevendo a hipótese da “fluid recovery”. Assim, ressalta a citada autora, que tal lei restringiu a legitimidade de agir para a ação civil pública ao Ministério Público. Além disso, houve previsão de que na falta de investidor habilitado, o montante da condenação (“fluid recovery”) deveria reverter para a União.

Porém, a consagração definitiva de tais institutos ao nosso sistema ocorreu com vigência da Lei nº. 8.078/90 (CDC). Para melhor análise ver GRINOVER, 1998, p. 671.

⁷⁰ Há que se lembrar que vários Estados da Federação não instituíram o fundo estadual previsto na Lei nº. 7.347/85. Contudo, estes Estados destinam os valores em dinheiro decorrentes de condenação em ações envolvendo interesses metaindividuais para fundos estaduais similares, dirigido ao mesmo fim. Para melhores esclarecimentos, ver subitem 3.6, nota de rodapé 62.

mas ponderáveis no conjunto: imagine-se, por ex., o caso de venda de produto cujo peso ou quantidade não corresponda aos equivalentes ao preço cobrado. O dano globalmente causado pode ser considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o prejuízo sofrido por cada consumidor lesado. Foi para casos como esses que o ‘caput’ do art. 100 previu a ‘fluid recovery’.” (GRINOVER, 1998, p. 697).

Duas coisas precisam ficar bem claras.

Primeira, a norma do artigo 100 do CDC destina-se às ações de indenização envolvendo interesses individuais homogêneos. Caso a ação coletiva verse sobre interesse difuso ou coletivo, como já visto, os valores em dinheiro deverão ser encaminhados diretamente a um dos fundos de reparação.

Segunda, no sistema brasileiro, somente os valores decorrentes dos resíduos da condenação à obrigação de indenizar às vítimas é que são encaminhadas aos fundos de reparação previstos na LACP. Neste sentido, ressalta Ada Pellegrini Grinover:

“Observe-se, porém, que a indenização destinada ao fundo criado pela LACP, nos termos do parágrafo único do art. 100, é residual no sistema brasileiro, só podendo destinarse ao referido fundo se não houver habilitantes em número compatível com a gravidade do dano.” (GRINOVER, 1998, p. 698).

Assim, ressalta a citada autora que, no caso de ação coletiva envolvendo interesse individual homogêneo, é incabível a formulação de pedido para que o valor da indenização seja encaminhado diretamente ao fundo, tendo em vista da norma do artigo 100 do CDC. Contudo, nada impede que o autor formule “*o pedido de indenização pessoal, por lesão aos interesses individuais homogêneos, com indicação de sua reversão ao fundo, somente na hipótese de não haver habilitações dos interessados ou, em os havendo, a da reversão pelo eventual resíduo não reclamado.*” (GRINOVER, 1998, p. 698).

Assim, vislumbramos três hipóteses de aplicação residual da norma do art. 100 do CDC em que os valores deverão ser encaminhados a um fundo de reparação:

- a) nos casos de as vítimas não ingressarem com a ação de liquidação e ação de execução (resíduo não reclamado);
- b) nos casos de os ofendidos habilitados serem em número incompatível com a gravidade do dano;

c) nos casos em que o dano individual é insignificante, mas o dano global é considerável.

Portanto, a regra no sistema jurídico brasileiro, nas ações envolvendo interesses individuais homogêneos, é que após a condenação transitada em julgada, que deverá ser ilíquida (artigo 95 do CDC), as vítimas ingressem com a ação de liquidação e, posteriormente, com a ação de execução (artigos 97 e 98 do CDC), para buscarem o resarcimento dos danos individualmente suportados.

O resarcimento dos danos individuais é o fim precípuo da ação coletiva envolvendo interesse individual homogêneo, conforme deixa clara a norma do artigo 99 do CDC:

“Art. 99 – Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único – Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao Fundo criado pela Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.”⁷¹

Embora o fim precípuo seja a indenização individual das vítimas, nada impede que se cumule na ação coletiva envolvendo interesse individual homogêneo o pedido de indenização pelos danos morais coletivos. Além disso, nada impede que se formule pedido, ou que seja determinado de ofício pelo juiz, de multa diária no curso da ação de conhecimento ou de execução. Por fim, poderá acontecer também que a lesão atinja simultaneamente um interesse individual homogêneo e outro indivisivelmente considerado, permitindo-se a cumulação de pedidos para englobar a condenação a resarcimento a interesses difusos ou coletivos. Nestas hipóteses ora apontadas, em regra, os valores apurados deverão ser destinados diretamente a um dos fundos de reparação.

Porém, de acordo com a norma do artigo 99 do CDC acima transcrita, em havendo tal concurso de créditos, os danos individuais deverão ser preferencialmente resarcidos. Tanto que, os valores que seriam destinados ao fundo de reparação (dano moral coletivo, multa diária e pedido de indenização a interesse difuso e coletivo) ficarão temporariamente sustados até a

⁷¹ Igual norma consta do texto do artigo 8º. do Decreto Federal nº. 1.306/1994.

decisão de segundo grau das ações individuais⁷². Ora, estas ações individuais somente poderão ser aquelas referentes à liquidação e à execução individuais após o trânsito em julgado da condenação na ação coletiva. É que a ação de conhecimento é sempre coletiva, embora envolva também interesse individual homogêneo, sendo que a reversão de valores pecuniários ao fundo de reparação somente será possível após o trânsito em julgado da sentença da ação coletiva, nos termos dos artigos 12, §2º., e 15 ,da Lei nº. 7.347/85. Assim, nos termos do artigo 99, parágrafo único, do CDC, somente é possível a referida sustação de reversão de créditos a um fundo de reparação até a decisão de segundo grau das ações individuais de liquidação e de execução, posto que estas somente são cabíveis após o trânsito em julgado da ação coletiva.

Corroborando nosso entendimento de que a norma do artigo 99 do CDC aplica-se somente às ações de liquidação e de execução individuais, Paulo Eduardo Alves da Silva afirma que:

“Há ainda a hipótese de haver ações individuais não concomitantes e não coincidentes à ação coletiva decorrente do mesmo evento. É o caso, trazido pela doutrina, da ação coletiva para pleitear a troca de peça defeituosa em veículo de determinada série de produção. A ação coletiva apurará o valor individual da troca das peças e uma eventual indenização para a generalidade dos compradores. Mas aqueles que porventura sofreram danos específicos, como um acidente causado pela peça defeituosa, ajuizarão ações individuais que concorrerão com as coletivas. Essa ação individual não é aquela individual tratada no artigo 99 e no parágrafo acima deste texto. Trata-se de uma ação paralela, de objeto específico e diferenciado.” (COSTA, 2006, p. 500).

Então, há que se indagar: porque a lei fala em decisão de segundo grau e não em trânsito em julgado? A menção da lei justifica-se pela regra do artigo 542, § 2º., do Código de Processo Civil que determina que todos os recursos extraordinários e especiais serão sempre recebidos no efeito devolutivo. Assim, não obstante a interposição de recurso extraordinário ou especial, o autor da ação de liquidação ou de execução individual poderá executar provisoriamente a sentença condenatória do processo coletivo, nos termos do artigo 587 do Código de Processo Civil. Contudo, se houver decisão do STF ou do STJ sustando os efeitos da decisão recorrida, concedendo o efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial, os

⁷² De acordo com Paulo Eduardo Alves da Silva, isso “vale tanto para as execuções coletivas de bens indivisíveis (reversão ao fundo pelo artigo 13 da LACP), como para execuções coletivas subsidiárias de execuções individuais (art. 100 do CDC).” (COSTA, 2006, p. 499).

valores destinados aos fundos de reparação deverão continuar temporariamente sustados, até eventual decisão em contrário ou o trânsito em julgado da decisão.

Ademais, há que se mencionar que a referida sustação prevista no artigo 99, parágrafo único, do CDC somente não será necessária se, o patrimônio do devedor for suficiente para arcar com a integralidade das dívidas, referentes aos valores decorrentes do dano individual e do dano indivisível. Essa apreciação deverá ficar a cargo do juiz, de acordo com o caso concreto. Contudo, não deverá haver dúvidas de que o patrimônio do devedor seja suficiente para o resarcimento integral das dívidas, posto que a lei usa a expressão “manifestamente suficiente”.

Por fim, não é demais lembrar a lição de Paulo de Bessa Antunes de que a indenização às vítimas não é uma preocupação dos fundos de reparação da LACP⁷³. Os citados fundos têm por finalidade a reparação de bens e interesses difusos e coletivos. Por isso se justifica a preferência estabelecida no artigo 99 do CDC.

3.9 – Destinação das indenizações e multas resultantes da procedência da ação popular

Parece-nos que a destinação dos valores das indenizações e multas diárias resultantes da procedência da ação popular não tem gerado divergência.

É cediço que a Lei da Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, entre outras leis, formam um microssistema de tutela coletiva.

Neste sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso menciona que “*podemos contar com um regime integrado de mútua complementariedade entre as diversas ações exercitáveis na jurisdição coletiva: a ação civil pública ‘recepção’ a ação popular, ao invocá-la expressamente no ‘caput’ do art. 1º da Lei 7.347/85; a parte processual do CDC (título III da Lei 8.078/90) é de se aplicar, no que for cabível, à ação civil pública (art. 21 da Lei 7.347/85); outras ações podem ser exercitadas no trato de matéria integrante do universo coletivo (arts. 83 e 90 do CDC); finalmente, ‘fechando o circuito’, o CPC aparece como fonte subsidiária (CDC art. 90; Lei 7.347/85, art. 19; LAP, art. 22).*”(MANCUSO, 2003, p. 35).

⁷³ Ver ANTUNES, 2000, p. 293.

Ou, nas palavras de Daniela Gabbay:

“Destarte, há suporte hermenêutico suficiente para a conclusão de que se deve aplicar, na ausência de regulamentação própria da LACP, as normas processuais do Código de Defesa do Consumidor e da LAP, em conjunto com as normas processuais de outros diplomas legais que tutelam conflitos de natureza coletiva, normas que interpenetram e subsidiam mutuamente, formando um microssistema, sem sentido ‘lato’, naquilo em que não colidem (daí a relevância dos princípios da coesão e adaptabilidade), para somente na sua insuficiência se aplicar, de forma subsidiária, a legislação processual civil ordinária, voltada prioritariamente à tutela individual.”(COSTA, 2006, p. 567).

Portanto, todos os valores pecuniários decorrentes de condenação em ação popular, propostas para a defesa do meio ambiente (natural ou artificial), por se tratarem de interesses difusos, deverão ser destinados a um dos fundos de reparação descritos no artigo 13 da Lei nº. 7.347/85.

Neste sentido, cabe aqui repetir a lição de Ronaldo Porto Macedo Júnior:

“É de se cogitar, portanto, sobre a destinação das indenizações e multas resultantes da procedência de ação popular em defesa do meio ambiente ou do patrimônio histórico e cultural. Nestes casos, os bens lesados, a exemplo do que ocorre com as ações civis públicas propostas com o mesmo fito, podem ser irreparáveis. Assim, é lógico e razoável que tais valores revertam em favor dos fundos de interesses difusos. Compreende-se que a lei de ação popular de 1965 tenha sido omissa neste respeito, visto que à época a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos ainda era praticamente desconhecida pelo direito brasileiro. Não obstante, o sistema processual criado pelo CDC, pela LACP e pela própria Lei da Ação Popular (LAP) tratou de integrar os princípios e mecanismos que tratam da defesa dos interesses difusos e coletivos.” (MILARÉ, 2002, p. 808-9).

A única ressalva que se faz é que os valores pecuniários decorrentes da ação popular para a defesa do erário, assim como ocorre na ação civil pública, deverão reverter ao ente público prejudicado e não a um dos fundos de reparação, como adiante se verá.

4 – DA ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E GESTÃO PERTINENTES AOS FUNDOS DE REPARAÇÃO

Como já foi mencionado, no presente estudo iremos nos ater apenas à análise do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), no âmbito federal, e do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos do Estado de São Paulo (FID).

4.1 – Do Conselho Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (CFDD)

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho:

“Conselhos são órgãos colegiados dotados de competência específica. Ora integram a estrutura orgânica administrativa, ora não a integram, muito embora recebam constituição por lei e sofram controle do Poder Público. Sendo colegiados, os Conselhos devem ter um presidente e às vezes outros cargos de direção, como vice-presidente, diretores e secretários. É comum ainda que tenham órgãos deliberativos e de fiscalização. A organização geral está normalmente prevista em regulamento, mas o detalhamento da estrutura orgânica, as atribuições dos dirigentes e as formas de desenvolvimento da atividade do órgão devem ser definidos em regimento interno. Aliás, regimentos são realmente atos próprios de órgãos colegiados.

A lei prevê um Conselho Federal ou Conselhos Estaduais. A natureza jurídica é a mesma em ambas as categorias. A diferença vai situar-se na pessoa federativa a que se vinculem, tudo de acordo com o que o ato regulamentar estabelecer.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 392).

De início, é preciso frisar que o Conselho Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (CFDD) integra a estrutura do Ministério da Justiça, conforme artigo 1º. da Lei Federal nº. 9.008/95 e artigo 3º., “caput”, do Decreto Federal nº. 1.306/94. Cabe frisar que já originalmente tal conselho gestor foi concebido como uma estrutura organizacional do Ministério da Justiça, conforme artigo 10 do Decreto Federal nº. 92.302/86.

O CFDD tem sede em Brasília (artigo 2º. da Lei nº. 9.008/95 e artigo 3º. do Decreto Federal nº. 1.306/94). Em sua estrutura administrativa, o CFDD contará com uma secretaria executiva (artigo 5º. do citado decreto), sendo que a forma de funcionamento de sua estrutura administrativa deverá ser regulamentada por meio de regimento interno, a ser elaborado por portaria do Ministro da Justiça (artigo 9º. do mencionado decreto). Essa regulamentação veio por meio da Portaria nº. 1.488, de 15 de agosto de 2008.

O Conselho Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos é um órgão colegiado e, atualmente, é composto por cinco representantes vinculados, cada qual, a um ministério de estado diverso, dois representantes de órgãos federais e três representantes de associações que têm por finalidade a defesa de interesses difusos e coletivos. Assim, nos termos do artigo 2º. da Lei nº. 9.008/95 e artigo 3º. do Decreto Federal nº. 1.306/94, o CFDD é composto por:

I – um representante da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que o presidirá;

II – um representante do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal;

III – um representante do Ministério da Cultura;

IV – um representante do Ministério da Saúde, vinculado à área de vigilância sanitária;

V – um representante do Ministério da Fazenda;

VI – um representante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE;

VII – um representante do Ministério Público Federal⁷⁴;

⁷⁴ Interessante notar que Hugo Nigro Mazzilli entende que é vedada a participação de membros do Ministério Público no conselho gestor dos fundos nacional e estaduais, com fundamento no artigo 128, §5º., inciso II, alínea “d”, da Constituição Federal. Assim, menciona:

“Entretanto, proíbe-se a participação de membro do Ministério Público em conselhos, comissões ou organismos estatais, porque a Constituição lhe veda o exercício de ‘qualquer outra função pública’, salvo uma de magistério.” (MAZZILLI, 2002, p. 397).

Já José dos Santos Carvalho Filho afirma ser legítima a participação de membros do Ministério Público em tais conselhos. Neste sentido:

“Deles deverão participar necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade. É explicável essa participação. O Ministério Públíco, como exaustivamente dito, é o grande guardião dos interesses difusos e coletivos protegidos pela ação civil pública. A atividade protetiva inclui-se entre suas funções institucionais, como emana dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 393).

VIII - três representantes de entidades civis que atendam aos pressupostos dos incisos I e II do art. 5º da Lei nº. 7.347/85.

De acordo com o artigo 5º. da Lei nº. 9.008/94, em relação à primeira escolha dos membros do CFDD, caberia ao Ministro da Justiça determinar os critério de escolha dos representantes das entidades mencionadas no item VIII. Já o artigo 4º. do Decreto Federal nº. 1.306/94 afirma que a escolha dos representantes e dos seus suplentes do CFDD caberá ao Ministro da Justiça, por meio de indicação dos respectivos ministros, nos casos dos incisos I a V, por meio de indicação do presidente do CADE, no caso do inciso VI, por meio de indicação do Procurador Geral da República, no caso do inciso VII, e por meio de indicação das respectivas entidades devidamente inscritas no CFDD, no caso do inciso VIII. Há que se frisar que os representantes dos ministérios de estados devem ser, necessariamente, servidores públicos⁷⁵ vinculados à respectiva pasta. O representante do CADE deve ser um servidor público ou conselheiro de tal autarquia. O representante do Ministério Público Federal deve ser um integrante da carreira (Procurador da República). Já os representantes das entidades devem integrar, como membros, tais associações.

Os representantes do CFDD serão designados pelo prazo de dois anos, sendo permitida uma recondução, salvo no caso do representante do Ministério da Justiça (presidente do órgão), que poderá ser reconduzido mais de uma vez (artigo 4º., parágrafo único, do Decreto Federal nº. 1.306/94). Interessante notar, que o citado decreto não limita a recondução do presidente do CFDD, afirmando que será mais de uma vez. Como se trata de indicação do Ministro da Justiça, o citado decreto certamente fiou-se na alternância de poder em virtude da

No entanto, o artigo 44, parágrafo único, da Lei Orgânica Nacional (Lei nº. 8.625/1993) e o artigo 170, parágrafo único, da Lei Orgânica Estadual Paulista (Lei Complementar Estadual nº. 734/1993), que possuem a mesma redação, permitem tal participação. Não nos parece que tais normas estejam em contrariedade com a Constituição Federal, dada a relevância de tal participação e a similitude de objetivos de tais fundos com as nobres funções institucionais do Ministério Público. Aliás, parece-nos salutar a participação de membros do Ministério Público no conselho gestor dos fundos de reparação previstos no artigo 13 da LACP, a fim de que tal órgão possa dar efetividade à defesa dos interesses metaindividuais, que é sua função constitucional.

⁷⁵ O termo servidor público é genérico, abrangendo todo o ocupante de qualquer cargo, emprego ou função pública. Hely Lopes Meirelles usa o termo *servidor público em sentido amplo* do qual são subespécies o agente político, o servidor público em sentido estrito ou estatutário, o empregado público e os contratados por tempo determinado (MEIRELLES, 2003, p. 391). Já Maria Sylvia Zanella di Pietro usa o termo *agente público* do qual são subespécies o agente político, o servidor público e o particular em colaboração com o poder público (PIETRO, 1999, p.354). Adotando a classificação de Hely Lopes Meirelles, entendemos que o termo servidor público por nós utilizado equivale à expressão servidor público em sentido amplo. Adotando a classificação de Maria Sylvia Zanella di Pietro o termo servidor público por nós utilizado equivaleria às expressões agente político e servidor público, posto que o particular em colaboração com o poder público não pode ser indicado como representante por nenhum dos órgãos públicos citados nos incisos do artigo 2º. da Lei nº. 9.008/95.

mudança de governo, o que implicaria na troca de ministros e de seus homens de confiança. No entanto, nada impede duas ou mais reconduções.

De acordo com o artigo 3º.,§1º., do Decreto Federal nº. 1.306/94 cada representante do CFDD terá um suplente, indicado nos mesmos moldes do representante.

Além disso, a atividade de representante do CFDD não pode ser remunerada, sendo considerado serviço público relevante (artigo 3º.,§2º., do citado decreto). Há que se frisar que, com exceção dos representantes das associações legitimadas, os demais integrantes do CFDD devem ser, obrigatoriamente, servidores públicos (em sentido amplo). As atividades de cada um dos membros do CFDD estão disciplinadas nos artigos 12 e 13 do Regimento Interno (Portaria nº. 1.488/08).

Ainda de acordo com o Regimento Interno, o conselho gestor deverá reunir-se, ordinariamente, uma vez por mês ou, extraordinariamente, por meio de convocação de seu presidente ou de um terço de seus membros (artigo 7º.). Tais reuniões, em regra, são públicas (artigo 7º.,§ 1º.) e suas deliberações são tomadas por maioria simples de seus membros presentes (artigo 8º., “caput”), devendo estar no mínimo presentes seis conselheiros (artigo 7º., § 2º.). Em caso de empate, caberá ao presidente do conselho gestor o voto de minerva (artigo 8º., parágrafo único).

De acordo com o artigo 3º. da Lei nº. 9.008/94 e artigo 6º. do Decreto Federal nº. 1.306/94 compete ao Conselho Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos:

- a) zelar pela administração e aplicação dos recursos destinados ao citado fundo federal, para a consecução dos objetivos previstos no artigo 1º., §1º., da citada lei. O artigo 7º., parágrafo único, do Decreto Federal nº. 1.306/94 determina que os recursos do fundo serão utilizados prioritariamente na reparação específica do dano causado, sempre que for possível. Assim, a prioridade é a aplicação dos recursos no local do dano, o que significa uma maior efetividade na aplicação de tais recursos;
- b) aprovar e firmar convênios e contratos para a adequada aplicação dos recursos do fundo. Tais convênios e contratos serão firmados pela Secretaria Executiva do Conselho;
- c) examinar e aprovar projetos apresentados para a reconstituição de bens difusos e coletivos lesados, inclusive os de caráter científico e de pesquisa;

d) fazer editar, inclusive em colaboração com órgãos públicos, material informativo sobre a prevenção ou reconstituição de bens difusos e coletivos lesados, conforme artigo 1º., §1º.;

e) promover atividades e eventos de difusão da cultura e para a prevenção de danos a bens difusos e coletivos. Deverá também promover, por meio de órgãos da administração pública e de entidades civis interessadas, eventos educativos e científicos;

f) examinar e aprovar projetos de modernização administrativa de órgãos públicos responsáveis pela execução de política de acordo com os objetos do fundo, conforme artigo 1º., §3º., da citada lei;

g) elaborar o seu regimento interno, estabelecendo sua forma de funcionamento. Tal regimento interno deverá ser aprovado por portaria do Ministro da Justiça (artigo 9º. da citada lei). Como visto, já foi aprovado o regimento interno (Portaria nº. 1.488/08), sendo que o seu artigo 11 e 18 estabelece que cabe ao CFDD propor alterações a seu regimento interno, por meio de maioria simples, devendo tal proposição ser submetida à aprovação do Ministro da Justiça.

Não é demais lembrar a lição de Carlos Alberto de Salles que nos adverte que não se transfere para o fundo a obrigação de reparação específica do dano. Tal obrigação de reparação específica, deve ser buscada na ação judicial. Aos fundos de reparação previstos na LACP cabem apenas a adoção de medidas reparatórias vez que “*o fundo da Lei da Ação Civil Pública não pode ser tido como sucedâneo válido ou legítimo da execução específica das obrigações ambientais.*” (SALLES, 1998, p. 315). Portanto, não se pode confundir a medida reparatória prevista no artigo 7º. do Decreto Federal nº. 1.306/94 (para os casos de irreparabilidade do dano), com a obrigação específica de reparação do dano (quando o dano se mostra reparável).

Também não é demais frisar que a norma do artigo 7º., parágrafo único, não vincula determinado valor arrecadado pelo fundo para sua utilização no local do dano. Uma vez arrecadado o valor, não há mais qualquer vinculação na sua aplicação, por parte do conselho gestor, tendo a referida norma caráter apenas indicativo.

Neste sentido, continua o mesmo autor:

“Tanto é assim que o artigo 7º., parágrafo único, do Decreto nº. 1.306/94 estabelece uma prioridade de aplicação dos recursos recolhidos nos danos referidos, sem

vincular a gestão das verbas à sua finalidade inicial. Esse dispositivo tem um sentido meramente indicativo. Somente dessa forma, também, é possível justificar, a aplicação de recursos em providências não relacionadas à reparação dos bens lesados, como a realização de atividades científicas, educacionais, editoriais e mesmo de modernização administrativa, expressamente previstas na legislação regulamentadora do fundo. Nenhuma destas atividades constituem propriamente 'reconstituição' do bem lesado, mas compensação em espécie prestada pela lesão sofrida por um determinado interesse.' (SALLES, 1998, p. 316).

Contudo, o referido autor conclui ser recomendável a aplicação dos recursos do fundo no local do dano:

"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. Todavia, levando em conta a irregularidade da distribuição dos impactos ambientais, atingindo em graus variáveis os vários sujeitos envolvidos, é recomendável que as medidas compensatórias realizem-se no mesmo contexto ambiental da ocorrência do dano, de molde a permitir àquelas pessoas que mais diretamente sofreram seus gravames recebam também os benefícios da medida compensatória." (obra referida, p. 317).

Por fim, o artigo 11 do Decreto Federal nº. 1.306/1994 afirma que mediante entendimento a ser firmado entre o CFDD, o Poder Judiciário e os Ministérios Públicos Federal e Estaduais, toda ação civil pública proposta deverá ser informada ao CFDD, bem como do trânsito em julgado das decisões de referidas ações, além da existência de depósitos judiciais. Evidentemente, que tal comunicação deverá ser feita apenas em relação às ações civis públicas que tenham pertinência temática com os objetivos do FDD, conforme artigo 1º., §1º., da Lei nº. 9.008/1995.

Neste aspecto, no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos há previsão, inclusive, de intervenção do fundo de reparação no processo. Diz o artigo 25, §3º, do citado anteprojeto:

"§3º. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo, podendo nele intervir em qualquer tempo e grau de jurisdição na função de 'amicus curiae'." _ redação extraída da obra organizada por Carlos Alberto de SALLES, 2006, p. 116.

Ricardo Quass Duarte afirma que tal norma é de pouca utilidade, posto que não são todas as ações coletivas que reverterão receitas aos fundos de reparação e, além disso, tal fato implicaria em mais um expediente para as serventias judiciais (SALLES, 2006, p. 119).

No entanto, entendemos de forma diversa. A comunicação de propositura de ações coletivas e a possibilidade de intervenção dos fundos de reparação em tais ações, parece-nos salutar. Isso porque, ao fundo de reparação será possível a constituição de dados estatísticos, o que pode ser útil no aprimoramento de informações. Além disso, a intervenção do fundo na ação coletiva poderá ser útil naqueles casos em que a decisão judicial desvirtua a reversão de valores pecuniários para outro órgão, deixando tal fato de constituir receita do citado fundo. Neste caso, poderia o conselho gestor do fundo adotar providências judiciais dentro do mesmo processo, na qualidade de interveniente, para resguardar o seu interesse em ter tal receita revertida ao citado fundo. Ademais, a mera comunicação de propositura de ações coletivas ao fundo de reparação, o que poderá ser feita por correio ou outro meio digital, não implicará em uma sobrecarga de serviços aos cartórios judiciais, por motivos óbvios.

4.2 – Do Conselho Gestor do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (CFID)

No Estado de São Paulo, a Lei Estadual nº. 13.555/2009 trouxe uma importante inovação ao vincular o Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos à Secretaria Estadual da Justiça e da Defesa da Cidadania, adotando o mesmo parâmetro da lei federal que regulamenta do CFDD. Indubitavelmente, tal inovação trouxe repercussões de ordem prática. Isso porque, inúmeras têm sido as críticas que se tem feito à ausência de efetividade do FID paulista, como se verá adiante. Inicialmente, a Lei Estadual nº. 6.536/1989 previa que o então denominado Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados (denominação hoje alterada para Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos) integrava a estrutura organizacional do Ministério Público do Estado de São Paulo, estando vinculado à Diretoria Geral daquele órgão.

Evidentemente, o Ministério Público não tem como uma de suas importantes atribuições a gestão administrativa do fundo de reparação estadual. Embora deva participar do conselho gestor, em virtude da relevância de suas funções nas ações metaindividuais, a estrutura

administrativa não pode ser fornecida pelo “Parquet”, sendo tal fato uma obrigação do Poder Executivo, por implicar em despesas e gastos públicos. Acreditamos que a previsão legislativa do artigo 1º. da Lei Estadual nº. 6.536/1989 ocorreu em função da norma do artigo 11 do Decreto Estadual nº. 27.070/1987. Em virtude da inovação à época do instituto previsto no artigo 13 da LACP, basta lembrarmos que a Lei nº. 7.347 entrou em vigor em 1985, tal previsão se justificava, tendo em vista o engajamento de ilustres membros do Ministério Público paulista na elaboração e aprovação da citada lei. Porém, com o passar do tempo, este modelo não se mostrou adequado, posto que o Ministério Público não possui a adequada estrutura administrativa para gerir tal fundo de reparação⁷⁶. Por sua vez, o modelo federal previsto na Lei nº. 9.008/1995 mostrou-se mais efetivo, o que levou o legislador paulista a adotar igual modelo. Embora tardia, a mudança parece ser bem vinda.

Assim, a Lei Estadual nº. 13.555, de 09 de junho de 2009, trouxe importantes alterações quanto à denominação do fundo (FID) e quanto à sua estrutura organizacional: o artigo 1º. da citada lei determina que o Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos está vinculado à Secretaria Estadual da Justiça e da Defesa da Cidadania.

Aliás, a Lei Estadual nº. 13.555/2009 derrogou a Lei Estadual nº. 6.536/1989, posto que alterou a redação de quase todos os dispositivos. No entanto, somente permanece em vigor o artigo 3º., e seus quatro incisos, da Lei Estadual nº. 6.536/1989.

A sede do CFID será na capital do estado, podendo reunir-se extraordinariamente em qualquer outro ponto do território estadual (artigo 7º. da Lei Estadual nº. 13.555/09 e artigo 6º. do Decreto Estadual nº. 27.070/87). As reuniões ordinárias deverão acontecer a cada dois meses, havendo as reuniões extraordinárias sempre que necessárias (artigo 16, “caput”, do Regimento Interno). O “quorum” de instalação deverá ser de no mínimo oito conselheiros em primeira convocação e, em segunda convocação, após trinta minutos, por qualquer número de presentes à reunião (artigo 16, §1º., do Regimento Interno). A convocação dos conselheiros deverá ser feita até oito dias anteriores à reunião, caso seja ordinária, e quarenta oito horas

⁷⁶ O artigo 11, parágrafo único, do Decreto Estadual nº. 27.070/87 afirmava que a Procuradoria-Geral de Justiça deveria prestar apoio administrativo e fornecer recursos humanos e materiais ao Conselho Gestor e à sua Secretaria Executiva.

anteriores à reunião, caso seja extraordinária. Tal comunicação deverá ser feita pelo presidente por meio mais fácil (e-mail, fax, telefonema, etc.), desde que o conselheiro venha a ser diretamente cientificado da reunião (artigo 17 do Regimento Interno). A votação das matérias deverá ser feita pelo plenário do CFID, podendo os conselheiros, antes do início da votação pedir a palavra para a discussão da matéria. Após a votação, não mais se permite o uso da palavra. As resoluções do conselho poderão ser revistas a qualquer tempo, por pedido de qualquer conselheiro, desde que tal pedido seja aprovado em plenário por, no mínimo, oito votos (artigos 18 a 28 do Regimento Interno).

Assim como acontece no fundo federal, o CFID terá uma secretaria executiva vinculada à presidência (artigo 5º., §3º., da citada lei e artigo 10 do Decreto Estadual nº. 27.070/87). O artigo 9º. da Lei Estadual nº. 13.555/09 ainda afirma que a Secretaria Estadual de Justiça prestará apoio administrativo e fornecerá os recursos humanos e materiais ao conselho gestor e à sua secretaria executiva (artigo 6º. do Regimento Interno). O regimento interno deverá ser elaborado pelo próprio CFID, nos termos do artigo 6º., inciso VII, da citada lei estadual. Atualmente já existe o Regimento Interno aprovado pelo CFID, disponível no sítio: “http://www.justica.sp.gov.br/novo_site/Normas.asp”, acessado em 20/04/2011.

O Conselho Gestor do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos é um órgão colegiado e, atualmente, é constituído por sete secretários de estado de diversas pastas ou por representantes por eles indicados, pelo Procurador Geral do Estado ou por um representante por ele indicado, por três membros do Ministério Público Estadual e três representantes de associações que têm por finalidade a defesa de interesses difusos e coletivos. Assim, nos termos do artigo 5º. da Lei Estadual nº. 13.555/09, o CFID é composto pelos seguintes conselheiros:

I - Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania ou representante por ele indicado;

II - Secretário do Meio Ambiente ou representante por ele indicado;

III - Secretário da Fazenda ou representante por ele indicado;

IV - Secretário da Cultura ou representante por ele indicado;

V - Secretário dos Direitos da Pessoa com Deficiência ou representante por ele indicado;

VI - Secretário de Economia e Planejamento ou representante por ele indicado;

VII - Secretário de Assistência e Desenvolvimento Social ou representante por ele indicado;

VIII - Procurador-Geral do Estado ou representante por ele indicado;

IX - 3 (três) membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, designados pelo Procurador-Geral de Justiça.

X - 3 (três) representantes de associações instituídas de acordo com o artigo 5º, inciso V, da Lei federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Cabe frisar que os representantes das associações de que trata o inciso X serão designados pelo Presidente do Conselho, dentre as indicações de entidades cadastradas junto à Secretaria Executiva (artigo 5º., §4º.). A norma do artigo 5º., §5º., 1ª. parte, da citada lei que estabelece que a participação no conselho é considerada serviço público relevante, somente se aplica aos representantes das associações legitimadas para a propositura da ação civil pública. Isto porque, os demais membros do conselho devem ser, necessariamente, servidores públicos em sentido amplo.

Contudo, a todos os membros do CFID é vedada a remuneração a qualquer título (artigo 5º., §5º., 2ª. parte).

A presidência do CFID será exercida pelo Secretário Estadual da Justiça na qualidade de membro nato, que, quando impossibilitado de exercê-la, será substituído pelo Vice-Presidente, eleito dentre os Conselheiros referidos nos incisos II a X deste artigo pelo voto direto dos seus membros (artigo 5º., §2º., da citada lei)⁷⁷. Há que se lembrar que a lei federal prevê, no caso do presidente do conselho (representante do Ministério da Justiça), a recondução por mais de uma vez. Já a lei paulista estabelece que a presidência do CFID cabe ao Secretário Estadual da Justiça , na qualidade de membro nato. As duas leis têm o mesmo objetivo, embora com redações diversas. Evidentemente, no caso de indicação de um representante por parte do Secretário Estadual da Justiça, caberá a ele (representante) o exercício da presidência.

Há que se frisar, ainda que o Decreto Federal nº. 1.306/94 prevê a hipótese de um mandato de dois anos para os membros do CFDD, cabendo a recondução por somente uma vez. Já o decreto paulista não prevê a hipótese de mandato. Isto porque, na lei paulista, o membro do CFID deverá ser o próprio secretário de estado; caso este não possa participar, integrará o conselho alguém que o represente, sendo tal pessoa por ele indicada (artigo 2º., parágrafo único,

⁷⁷ A eleição deverá ser realizada com a presença de, pelo menos, dois terços dos conselheiros, inclusive o presidente, sendo que o eleito deverá obter a maioria absoluta dos votos (artigo 4º., §§3º. e 4º., do Regimento Interno).

do Regimento Interno). Já na lei federal é o representante quem integra o conselho, embora indicado por um ministro de estado; por isso há a existência de um mandato para os membros do CFDD. Neste aspecto, a lei federal é melhor, posto que em virtude do mandato, há uma maior segurança e certa independência por parte dos membros do conselho. Ao contrário, no caso da lei paulista, caso não participe o secretário de estado, deverá a participar uma pessoa que o represente; esta indicação pode ser alterada a qualquer tempo, a critério do secretário de estado, por se tratar de um mero “longa manus” dele⁷⁸. Também em relação aos demais membros do CFID não há previsão de um mandato, o que indubitavelmente é uma falha legislativa a ser reparada⁷⁹. De acordo com o Regimento Interno do CFID, o único integrante que exerce um mandato de dois anos é o secretário executivo, permitida a sua recondução, sendo ele nomeado pelo presidente mediante resolução (artigo 10).

Neste aspecto, louvável a crítica de Ronaldo Porto Macedo Júnior, em seu texto intitulado “Propostas para a reformulação da lei que criou o Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados” quanto à burocratização referente à composição do conselho gestor do fundo paulista, apontando como um dos motivos da inoperância de tal fundo. Assim, assevera:

“É fácil imaginar as dificuldades existentes para a reunião de todas estas autoridades em reuniões periódicas, razão pela qual seria recomendável que em futura alteração legislativa fosse o Conselho Gestor formado por representantes de instituições interessadas e não por Secretários de Estado e autoridades cuja dificuldade de reunião possa ser motivo para a inoperância do Conselho. Tal orientação foi seguida pela lei federal que regulou o Fundo de Direitos Difusos...” (MILARÉ, 2002, p. 810).

Tal crítica referia-se ao texto da Lei Estadual nº. 6.536/89. No entanto, a nova Lei Estadual nº. 13.555/09 repetiu a mesma falha da legislação anterior que foi apontada por Ronaldo Porto Macedo Júnior, deixando de acatar sua correta crítica. Ou seja, como visto ainda hoje os secretários de estado compõem o conselho gestor do fundo paulista. Porém, a citada lei minimizou a falha, ao permitir que tais secretários de estado indiquem seus representantes.

Contudo, nossa sugestão vai mais além, posto que entendemos ser necessária a existência de mandato para os integrantes do CFID, nos moldes da lei federal.

⁷⁸ Conforme artigo 6º., parágrafo único, do Decreto Estadual nº. 27.070/87.

⁷⁹ A hipótese de mandato para a presidência do conselho prevista no 4º., §1º., do Decreto Estadual nº. 27.070/87 encontra-se revogada pela norma do artigo 5º., parágrafo 2º., da Lei Estadual nº. 13.555/09.

Assim, o CFID é composto pelos seguintes órgãos internos a) um presidente e um vice-presidente, b) um secretário executivo, c) conselheiros e d) comissões especiais (artigo 7º. do Regimento Interno). As atribuições de cada órgão estão descrevidas nos artigos 8º. a 15 do Regimento Interno.

As comissões especiais são integradas por conselheiros para estudar e emitir parecer sobre determinada matéria, de acordo com o prazo estipulado pelo presidente do CFID (artigo 13, “caput”). Estas comissões podem ser assessoradas por pessoas de notório saber ou experiência sobre a matéria a ser apreciada, devendo ser nomeada pelo presidente (artigo 13, parágrafo único). As referidas comissões especiais elegerão seu presidente e relator, sendo que o parecer sobre a matéria deverá ser submetida ao plenário do CFID para aprovação (artigo 14). Tais comissões especiais são sempre provisórias, devendo ser desconstituídas após concluírem os trabalhos.

Neste aspecto, Ronaldo Porto Macedo Júnior aponta as seguintes vantagens para a constituição de tais comissões:

“O interesse na constituição destas câmaras consiste na possibilidade de reunir profissionais especializados nas áreas específicas, mais capacitados a decidir sobre os projetos de maior interesse e as melhores opções de investimento dos recursos do fundo. Ademais, na medida em que a câmara será formada por pessoas ligadas aos interesses difusos mais diretamente envolvidos, será mais fácil o acompanhamento e controle pela sociedade das decisões e políticas tomadas pelo Conselho Gestor. As câmaras estariam encarregadas de encaminhar propostas de investimento setoriais que dependeriam de confirmação e homologação pela assembleia geral do Conselho Gestor.” (MILARÉ, 2002, p. 812).

Prosseguindo, o artigo 6º. da Lei Estadual nº. 13.555/09 e o artigo 5º. do Decreto Estadual nº. 27.070/87⁸⁰ estabelecem as atribuições do Conselho Gestor do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos. A referida lei usa o termo técnico correto de “atribuição”, em vez da expressão “competência” utilizada pelo decreto. Assim, são atribuições do CFID:

I - zelar pela aplicação dos recursos na consecução dos objetivos desta lei e daqueles previstos na Lei federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e na Lei federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. O artigo 5º., inciso I, do decreto estadual prevê, nos moldes do artigo 7º,

⁸⁰ As normas do artigo 5º. do Decreto Estadual nº. 27.070/87 que não contrariam a citada lei estadual continuam em vigor.

parágrafo único, do Decreto Federal nº. 1.306/94, a utilização prioritária dos recursos do Fundo no próprio local onde o dano ocorrer ou possa vir ocorrer, dentro do território do Estado de São Paulo. Parece-nos que tal norma continua em vigor, por não contrariar o texto legal. Como visto, trata-se de um importante instrumento para se dar efetividade ao fundo, embora não tenha finalidade vinculativa.

II - examinar e aprovar projetos, inclusive os de caráter científico e de pesquisa, relativos à reconstituição, reparação, preservação e prevenção dos bens mencionados no artigo 2º desta lei;

III - autorizar a celebração de convênios, contratos e termos de parceria que tenham por objeto a aplicação das receitas do Fundo;

IV - solicitar a colaboração dos órgãos da Administração Pública direta e indireta, assim como dos Conselhos federais, estaduais e municipais que tenham por objeto a proteção dos direitos a que se refere o artigo 2º desta lei;

V - propor ao Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania a celebração de convênios com os Conselhos de outros Estados e com o Conselho Federal, para orientação recíproca e intercâmbio, bem como para prover a destinação de recursos do Fundo Federal, na hipótese de a União ter interesse na preservação de bens situados no território do Estado;

VI - remeter à autoridade judicial prolatora da decisão condenatória de reparação do dano, ou à autoridade que cominou multa pelo dano causado, relatório especificado da aplicação dos recursos para a reconstituição do bem lesado;

VII - elaborar e modificar o seu regimento interno, bem como definir os critérios de aprovação dos projetos (artigo 1º., incisos VI e IX, do Regimento Interno);

VIII - prestar contas aos órgãos competentes, na forma das disposições pertinentes (artigo 5º., inciso VI, do citado decreto). Infelizmente, até a presente data, ainda não há a mesma transparéncia na prestação de contas por parte do CFID, não sendo adotado o mesmo critério do conselho gestor federal;

IX – desenvolver gestões junto à iniciativa privada para que colabore na execução dos programas do FID (artigo 1º., inciso VIII, do Regimento Interno).

A lei paulista também traz um importante instrumento para dar efetividade ao fundo de reparação. Trata-se da obrigação do conselho gestor de comunicar a autoridade judicial prolatora da decisão judicial ou administrativa que aplicou a multa, por meio de um relatório,

sobre a aplicação dos recursos para a reparação do dano. Esta norma legal (artigo 6º., inciso VI, da citada lei e artigo 7º. do Decreto Estadual n. 27.070/87) deve ser conjugada com a norma do artigo 5º., inciso I, do Decreto Estadual nº. 27.070/87 que manda aplicar os recursos, prioritariamente, no local do dano. Assim, seria uma forma do conselho gestor demonstrar às autoridades que geram os recursos do fundo, bem como a própria sociedade, a aplicação dos valores revertidos ao fundo. Isto, sem dúvidas, teria o condão de informar as referidas autoridades sobre a correta aplicação dos valores, evitando-se que haja decisões equivocadas remetendo os valores das condenações e das multas para órgãos e fundos diversos do FID. Tais normas também deverão ser conjugadas com o artigo 11 do Decreto Federal nº. 1.306/1994, que determina a comunicação por parte do Poder Judiciário e do Ministério Público de toda ação civil pública proposta, bem como do trânsito em julgado das decisões de referidas ações, além da existência de depósitos judiciais. A informação, para ser realmente efetiva, deverá ser uma via de duas mãos: permitindo-se um maior conhecimento por parte do conselho gestor das condenações judiciais e administrativas e, consequentemente, dos órgãos judiciais e administrativos sobre a aplicação dos valores arrecadados pelo fundo.

Outra importante forma de dar efetividade ao fundo de reparação é o intercâmbio entre os fundos estaduais e o fundo federal, por meio de convênios, conforme determina o artigo 6º., inciso V, da Lei Estadual nº. 13.555/09. Trata-se de instrumento ainda pouco explorado. A troca de informação entre os diversos fundos de reparação é imprescindível para se evitar desperdícios e para facilitar a correta aplicação dos recursos. Além disso, as trocas de experiências (das falhas e dos acertos) facilitam o aprimoramento da gestão dos fundos de reparação.

O artigo 8º. da Lei Estadual nº. 13.555/09 afirma que são legitimadas para apresentar perante o conselho gestor os projetos relativos à reconstituição, reparação, preservação e prevenção dos interesses de que trata o artigo 2º desta lei, as associações que preencham os requisitos do inciso V do artigo 5º. da Lei nº. 7.347/1985 (legitimadas para a propositura de ação civil pública) e órgãos da administração pública direta e indireta, nas esfera federal, estadual ou municipal. Logo, órgãos públicos federais e municipais podem apresentar projetos junto ao FID e órgãos estaduais e municipais também podem apresentar projetos junto ao FDD, não havendo qualquer restrição, por uma questão óbvia: a finalidade é a reparação ou prevenção dos danos, pouco importando o órgão responsável pelo projeto.

Talvez não tenhamos nos atentado que a exigência de projetos, embora louvável, possa ser um dos grandes entraves burocráticos à efetividade do fundo de reparação. Isto porque, se entender que há a exigência de apresentação de um projeto para a aplicação dos recursos do fundo, isto poderá significar um retrocesso. Imagine o seguinte. Como visto, os valores do fundo deverão ser utilizados prioritariamente na reparação ou prevenção no local do dano. Imagine que no local do dano, por um motivo qualquer (desinteresse, falta de pessoal qualificado, etc.), não seja apresentado um projeto por associações legitimadas ou órgãos públicos locais para a reparação do dano causado. Assim, os valores do fundo não poderiam ser utilizados no local do dano, devendo ser repassado para outro projeto apresentado e aprovado, ainda que se refira a local diverso da ocorrência do dano.

Contudo, entendemos que a apresentação de projeto é facultativa, a fim de possibilitar ao conselho gestor uma melhor análise na utilização dos recursos do fundo. Assim, ainda que não haja nenhum projeto apresentando por entidades do local do dano, em sendo o caso, caberá ao conselho gestor providenciar a aplicação dos recursos do fundo naquela localidade. A apresentação de projeto não vincula o conselho gestor na escolha da adequada aplicação dos valores do fundo. O projeto é um instrumento para facilitar a melhor escolha ao conselho gestor na aplicação dos citados recursos. Então, jamais poderá ser um entrave à correta aplicação dos recursos do fundo de reparação. Por fim, em sendo aprovado o projeto deverá ser firmado convênio, contrato ou termo de parceria, conforme visto no artigo 6º, inciso III, da Lei Estadual nº. 13.555/09. Logo, no nosso entender, é possível ao conselho gestor firmar convênio, contrato ou termo de parceria de ofício, independentemente da apresentação de projeto, posto que se trata de ato de gestão e, além disso, há discricionariedade por parte do conselho gestor na aplicação dos recursos do fundo. Portanto, não existe determinação legal de vinculação da utilização dos recursos à necessária apresentação de projetos. Ora, onde a lei não veda não cabe ao intérprete fazê-lo. Ademais, também pode ser invocado o princípio constitucional da eficiência para se justificar a não obrigatoriedade de apresentação de projetos para a utilização dos recursos dos fundos de reparação.

Já o artigo 8º. do Decreto Estadual nº. 27.070/87 previa que qualquer cidadão poderia apresentar junto ao conselho gestor “*projetos relativos à reconstituição, reparação, preservação e prevenção dos valores a que se refere o "caput" do artigo 1.*” Idêntica previsão constava do artigo 8º. da Lei Estadual nº. 6.536/89. Contudo, a nova lei estadual, como visto,

alterou tais dispositivos, permitindo a apresentação de projetos apenas pelas pessoas legitimadas para a propositura da ação civil pública (artigo 5º., “caput”, e seus incisos, da Lei nº. 7.347/85). Entendemos que andou muito mal a lei paulista neste aspecto. Não há motivo para se limitar a apresentação de projetos apenas para as pessoas jurídicas legitimadas para a propositura de ação civil pública. A apresentação de projetos para a recuperação e prevenção de danos metaindividualis deve ser de toda a sociedade, de maneira mais abrangente possível. Não faz sentido a limitação imposta pela lei paulista. Então, alguém poderia mencionar: somente as pessoas do artigo 5º. da LACP têm interesse e idoneidade para receber recursos advindos da apresentação de projetos. Tal fato não corresponde à verdade. Primeiro, porque a apresentação de projetos não implica necessariamente em repasse de valores para o responsável pelo projeto; o conselho gestor pode aplicar as verbas diretamente para a reparação do dano, independentemente de projeto (por meio de convênio, p. ex.). Segundo, porque a análise e a aprovação dos projetos apresentados cabem ao próprio conselho gestor. Assim, os projetos inidôneos ou que não atendam ao interesse público devem ser rejeitados pelo próprio conselho gestor. Terceiro, porque o interesse em ver a recomposição de bens difusos e coletivos não é só das pessoas jurídicas legitimadas, mas de toda a sociedade. Logo, qualquer cidadão, como parte integrante da sociedade, tem o direito de apresentar projetos junto ao conselho gestor do fundo de reparação. Por fim, e não menos importante, há que se lembrar que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular, nos termos do artigo 1º. da Lei nº. 4.717/1965. Ora, como visto, os valores pecuniários arrecadados em ação popular (com exceção dos danos ao erário) são revertidos ao fundo de reparação. Logo, tendo o cidadão legitimidadeativa para a propositura de ação popular, cujos valores pecuniários passam integrar o citado fundo, por uma questão de lógica e coerência, também poderá apresentar projetos junto ao conselho gestor. Assim, como dito, a limitação para a apresentação de projetos não se justifica; deve haver uma ampla possibilidade de qualquer cidadão (não só o eleitor) apresentar qualquer projeto junto ao conselho gestor. Caberá ao conselho gestor a análise da viabilidade e idoneidade de cada projeto apresentado, a fim de que possa empregar com eficiência os valores do fundo. Por fim, a participação popular deve ser estimulada, para que se dê maior efetividade aos fundos de reparação da LACP. No nosso sentir, não haverá efetividade se não houver uma participação ampla e engajada de toda a sociedade, que é a maior interessada na reparação e prevenção a danos metaindividualis. Por fim, e igualmente

importante, a apresentação de projetos deve ser facultativa e não obrigatória, como visto. Portanto, no nosso sentir, neste aspecto, a lei paulista criou um entrave burocrático inútil.

4.3 – Das receitas do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD)

Em primeiro lugar, há que se mencionar que, de acordo com artigo 14 do Regimento Interno (Portaria nº. 1.488/08), os recursos destinados ao FDD deverão ser identificados segundo a natureza da infração ou do dano causado, de modo a permitir o cumprimento do disposto no artigo 7º. do Decreto Federal nº. 1.306/94. No entanto, todos os valores irão constituir uma conta única, conforme artigo 10, “caput”, do Decreto Federal nº. 1.306/94.

O FDD arrecadou, de 2006 a agosto de 2010, o valor total de R\$ 179.354.845,61 (cento e setenta e nove milhões, trezentos e cinquenta e quatro mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e sessenta e um centavos)⁸¹, assim divididos:

- a) ano de 2006: foi arrecadado o total de R\$ 11.377.709,29;
- b) ano de 2007: foi arrecadado o total de R\$ 29.966.549,71;
- c) ano de 2008: foi arrecadado o total de R\$ 72.758.068,56;
- d) ano de 2009: foi arrecadado o total de R\$ 49.716.227,52;
- e) de janeiro a 31 de agosto de 2010: foi arrecadado o total de R\$ 15.536.300,53.⁸²

De início, não é demais citar que, embora tais quantias sejam significativas, há que se mencionar que nem todos os valores arrecadados são liberados para serem utilizados, por meio de previsão no orçamento fixo. Por exemplo, no ano de 2009, houve o contingenciamento de R\$ 32.492.894,00, sendo que apenas R\$ 10.000.000,00 fizeram parte do orçamento para aplicação em projetos, o que significa um pouco mais de 20% do total arrecadado naquele ano. Igualmente, no ano de 2008, apenas R\$ 6.518.613,00 fizeram parte do orçamento fixo (menos de 10% do total arrecadado). Mesmo assim, o valor dos empenhos, representativos dos gastos efetivamente realizados com os projetos aprovados, não atingiu a soma total de tal orçamento fixo.

Vejamos agora cada uma das fontes de receita do FDD.

⁸¹ De 1996 a 2005 foi arrecadado o total de R\$ 36.295.953,00 (trinta e seis milhões, duzentos e noventa e cinco mil, novecentos e cinquenta e três reais), conforme relatório de gestão do ano de 2008.

⁸² Dados obtidos da secretaria executiva do CFDD no sítio: “<http://portal.mj.gov.br>”.

Desta forma, de acordo com o artigo 1º., §2º., da Lei nº. 9.008/95 e o artigo 2º. do Decreto Federal nº.1.306/94 constituem recursos do citado fundo:

I – as condenações judiciais de que tratam os artigos 11 e 13 da Lei nº. 7.347/1985;

De plano, já se exclui toda e qualquer condenação criminal, cujos valores não poderão constituir receita do fundo de reparação. Igualmente, de acordo com a norma em análise, as condenações judiciais envolvendo interesses individuais não constituem receita do FDD.

Assim, em regra, toda e qualquer condenação em dinheiro em ação civil pública e ação popular proposta para a defesa de interesses metaindividuais deve ser destinada aos fundos de reparação previstos no artigo 13 da LACP. Contudo, cabe aqui uma ponderação.

As condenações judiciais em dinheiro que se refiram a interesse individual homogêneo, em regra, são destinadas às vítimas. Porém, de acordo com o artigo 100 do CDC não havendo habilitação em número compatível ou sendo o dano individual insuficiente, o valor da condenação deverá ser revertido ao citado fundo de reparação (ver item 3.8 retro).

Logo, além da hipótese do artigo 100 do CDC, toda e qualquer condenação judicial em dinheiro que envolva ação civil pública ou ação popular para a defesa de interesses ou bens difusos e coletivos⁸³ devem ser revertidas ao FDD. Porém, tal regra comporta uma exceção.

Em se tratando de condenação em pecúnia decorrente de ação por ato de improbidade administrativa, os valores deverão ser revertidos ao Erário Público prejudicado e não a um dos fundos de reparação. Isto está expresso na norma do artigo 18 da Lei nº. 8.429/1992⁸⁴. Neste sentido, afirma Waldo Fazzio Júnior:

“Portanto, não se aplica o art. 13 da Lei nº. 7.347/85. A indenização não reverte para o fundo de reconstituição de bens lesados, mas para a pessoa jurídica agravada pelo ilícito.

⁸³ Como visto no subitem 2.4.2 retro, as decisões judiciais condenatórias em obrigação de indenizar envolvendo interesse difuso ou coletivo, na esfera da Infância e Juventude, devem ser revertidas a um dos fundos de reparação previstos no artigo 13 da LACP, não sendo aplicável a regra do artigo 214 do ECA.

O mesmo raciocínio vale para a hipótese descrita no artigo 84 do Estatuto do Idoso (ver subitem 2.4.3).

Igualmente, como visto no subitem 2.4.5 as condenações judiciais em indenização ou multa diária envolvendo interesse difuso ou coletivo na esfera consumerista deverão sempre ser revertidas a um dos fundos de reparação previstos no artigo 13 da LACP.

⁸⁴ Afirma o citado dispositivo:

“Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda de bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.”

É verdade. Trata-se de regra específica para os casos de improbidade administrativa. A do art. 13 da LACP atina aos interesses difusos em geral.” (FAZZIO JÚNIOR, 2003, p. 307).

Além disso, a norma do artigo 18 da Lei de Improbidade Administrativa abrange a hipótese de multa civil aplicada nos moldes do artigo 12 do mesmo diploma legal. Neste sentido, é a lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

“Não obstante a omissão da Lei de Improbidade, o numerário arrecadado com a imposição da multa deverá ser destinado ao sujeito passivo do ato de improbidade, vale dizer, à pessoa jurídica prejudicada e que ensejou a aplicação da referida lei ao caso. Essa conclusão preserva a harmonia do sistema, pois o art. 18 da Lei nº. 8.429/92 dispõe que ‘a sentença que julgar procedente a ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.’ Não sendo aplicável às condenações por ato de improbidade o disposto no art. 13 da Lei nº. 7.347/85, esse haverá de ser, igualmente, o destino da multa. O sujeito passivo sempre será o ente aglutinador de todo o numerário originário do improbo, quer seja de natureza indenizatória ou punitiva, o que é derivação direta do próprio vínculo mantido entre ambos.” (GARCIA e ALVES, 2006, p. 487-8).

No mesmo sentido é a lição de Marino Pazzaglini Filho:

“Trata-se de sanção civil pecuniária, graduada conforme a espécie do ato de improbidade administrativa, objeto da persecução civil, e imposta na sentença que julga procedente a ação civil respectiva, motivadamente entre os limites mínimo e máximo previstos nos incisos do art. 12 da LIA. Ela é paga pelo agente público condenado; seu valor é revertido à entidade pública vítima do ato de improbidade em questão.

A multa civil não tem natureza indenizatória, mas simplesmente punitiva.” (PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 120).

No entanto, houve uma omissão ainda maior da referida Lei de Improbidade Administrativa no que tange ao destino das multas diárias. As “astreintes”, como visto (subitem 1.2.8), têm caráter inibitório, a fim de impedir o devedor de descumprir a obrigação. Logo, as “astreintes” não se confundem com a multa administrativa e tampouco com a multa civil, posto que elas têm natureza jurídica e finalidade distintas. Assim, há que se indagar: qual o destino dos valores das multas diárias arrecadadas em sede de ação civil pública por ato de improbidade

administrativa? A resposta só pode ser uma: tais valores deverão ser destinados a um dos fundos de reparação do artigo 13 da Lei nº. 7.347/85, nos termos do artigo 1º., §1º., inciso I, da Lei nº. 9008/95, ora em análise⁸⁵.

Assim, os valores condenatórios de multa diária estipulados em sede de ação civil pública e ação popular devem ser revertidos, em regra, a um dos fundos de reparação do artigo 13 da LACP. Porém, em duas hipóteses tais valores não são revertidos ao citado fundo:

a) em ações civis públicas na esfera da proteção dos direitos da criança e adolescente, os valores das multas diárias são revertidos para o CMDCA, conforme artigo 214 do ECA (ver subitem 2.4.2 retro);

b) em ações civis públicas na esfera de defesa dos direitos do idoso, os valores das multas diárias são revertidos para o fundo municipal do idoso, de acordo com o artigo 84 do Estatuto do Idoso (ver subitem 2.4.3 retro).

Não é demais lembrar que deverão ser revertidos aos fundos de reparação os valores das condenações judiciais em pecúnia, sejam decorrentes de danos patrimoniais ou de danos extrapatrimoniais. Logo, os valores decorrentes de condenação por dano moral metaindividual deverão ser sempre encaminhados a um dos fundos de reparação do artigo 13 da LACP. Pouco importa se se trata de ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos: se houver condenação por dano moral coletivo, tal valor deverá ser destinado ao fundo de reparação e não para a indenização às vítimas. Isso nos parece lógico, posto que no dano moral coletivo (seja decorrente de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo) o

⁸⁵ No entanto, uma questão de ordem prática deve ser colocada.

Parece-nos que em diversos casos, a arrecadação dos valores da multa diária para um fundo federal ou, na maior parte das vezes, para um fundo estadual, poderá representar até uma punição aos cofres públicos. Neste sentido, imaginamos uma situação em que o município é condenado a recuperar uma área ambiental degradada. O alcaide, por desleixo ou outro motivo, deixa de cumprir a sentença na qual foi fixada multa-diária. Suponha-se que a desídia foi tamanha que o valor da multa-diária venha a superar o valor da recuperação da área degradada. Neste caso, ainda que o juiz possa reduzir o valor das “astreintes”, ainda que o alcaide possa a vir ser processado por prática de ato de improbidade, o município será duplamente penalizado. Terá que pagar o valor da multa-diária, que se reverterá a um fundo estadual e, ainda, arcar com as despesas da recuperação da área degradada.

No nosso entender, mesmo ciente de que a multa diária tem caráter apenas inibitório, não substituindo a obrigação de indenizar, nos casos em que a condenação envolver pessoa jurídica de direito público, caso o bem lesado seja passível de recuperação “in natura”, deveria o valor da multa-diária ser revertida para a recuperação específica do bem. Assim, o magistrado deveria determinar que o município, com o valor que seria pago com a multa diária, realizasse a recuperação do bem lesado. Não obstante isso, o alcaide desidioso deveria ser condenado por ato de improbidade administrativa.

Evidentemente a nossa colocação é apenas uma sugestão, de acordo com o que se tem visto na prática, com o intuito de não haver uma dupla penalização ao contribuinte. Mas não nos furtamos de mencionar que esta sugestão necessita de uma melhor discussão e uma mudança legislativa.

prejudicado é a coletividade, de maneira indivisível, e não só as vítimas do evento. Nesta hipótese, entendemos que não se mostra aplicável a regra do artigo 100 do CDC, posto que tais valores deverão ser revertidos diretamente ao fundo de reparação. Contudo, deve-se aplicar a norma do artigo 99 do CDC, posto que haverá um concurso de créditos (dano moral coletivo e indenizações individuais das vítimas), devendo o valor destinado ao fundo ficar sustado, na forma do parágrafo único do artigo 99 do CDC, até que as vítimas sejam resarcidas.

Por fim, há que se lembrar que não só o valor em pecúnia decorrente de condenação judicial é revertido aos fundos de reparação do artigo 13 da LACP. O valor em pecúnia decorrente de acordo judicial (decisão homologatória) e de acordo extrajudicial (termo de ajustamento de conduta) para a defesa de interesse difuso e coletivo, decorrente da obrigação de indenizar, de natureza patrimonial, deverá ser revertido ao citado fundo. Em havendo acordo envolvendo direito de natureza extrapatrimonial metaindividual, ainda que seja para a defesa de interesses individuais homogêneos, os valores pecuniários acordados deverão ser sempre revertidos para um dos fundos de reparação. Houve uma omissão deste inciso neste aspecto. Contudo, há que se aplicar a regra geral do inciso VII abaixo descrito.

Concluímos este tópico com a observação de que no ano de 2006, as condenações judiciais envolvendo todos os interesses difusos e coletivos (meio ambiente, consumidor, bens de valor artístico e outros interesses difusos e coletivos) representaram 3,49% de todos os valores arrecadados pelo FDD naquele ano. Este percentual aumentou significativamente para 6,08% em 2007, para 6,1% em 2008, 6,38% em 2009, atingindo o patamar de 16,47% de todo o valor arrecadado até agosto de 2010⁸⁶.

II – as multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei nº. 7.853/1989 (dispõe sobre apoio às pessoas portadoras de deficiência), desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais;

Entendemos que este inciso é redundante, posto que a hipótese descrita já está abrangida pela regra do inciso I. Isto decorre da aplicação conjugada da norma do artigo 7º. da Lei 7.853/89⁸⁷ com a regra do artigo 13 da Lei nº. 7.347/85.

⁸⁶ Dados obtidos no sítio “<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ038B8D53PTBRIE.htm>”, no item “transparência” e “arrecadação da receita por origem de recursos”. Os valores arrecadados são divididos por ano, conforme dados repassados pela Secretaria Executiva do CFDD.

⁸⁷ Diz o citado artigo:

Tais multas e indenizações não constituíram efetiva receita do FDD nos anos de 2006 e 2007, conforme dados obtidos no sítio mencionado na nota de rodapé 82 retro. A partir de 2008 passou a corresponder a 0,04% do total arrecadado naquele ano. Em 2009, subiu para 0,18%, e até agosto de 2010 significava 0,07% do valor total arrecadado pelo FDD naquele ano.

III – os valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no artigo 57 e seu parágrafo único e do produto da indenização prevista no artigo 100, parágrafo único, da Lei nº. 8.078/90 (CDC);

O presente inciso abrange duas hipóteses.

Na primeira, afirma que os valores das multas administrativas aplicadas no âmbito da defesa do direito do consumidor deverão ser revertidos a um dos fundos de reparação previstos no artigo 13 da LACP (artigo 57, “caput”, do CDC). Para o FDD deverão reverter as multas administrativas aplicadas pelos órgãos federais; já as multas administrativas aplicadas por órgãos estaduais deverão ser revertidos para o FID, no caso do Estado de São Paulo. Para melhor análise, ver subitem 2.4.5 retro.

A segunda refere-se à ocorrência da “fluid recovery”, em que há resíduo não reclamado (ausência de vítimas habilitadas), ou os ofendidos habilitados não são compatíveis com a gravidade do dano, ou, ainda, o dano individual é insignificante, mas o dano global é considerável (artigo 100, “caput” e parágrafo único, do CDC)⁸⁸.

Então, há que se indagar: quando os valores previstos no artigo 100 do CDC deverão ser revertidos ao FDD? A resposta é simples: quando a ação civil pública para a defesa dos interesses individuais homogêneos tiver que tramitar na Justiça Federal ou na Justiça do Trabalho, em virtude de interesse da União, nos termos do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal (ver subitem 3.5.1 retro). Caso a ação civil pública para a defesa dos interesses individuais homogêneos tenha o seu trâmite na Justiça Estadual, os valores mencionados deverão ser revertidos ao fundo de reparação estadual.

Há que se frisar que as multas decorrentes do CDC representaram 2,15% do total das receitas arrecadadas pelo FDD no ano de 2006. Em 2007 este percentual reduziu para 1,38%;

⁸⁸“Aplicam-se à ação civil pública prevista nesta Lei, no que couber, os dispositivos da Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985.”

⁸⁸Ver subitem 3.8 retro.

em 2008 houve um aumento significativo para 5,16%; e em 2009 houve redução para 0,09%. Já até agosto de 2010, tais valores representavam 1,01% do total arrecadado pelo FDD naquele ano.

Já as indenizações decorrentes da defesa de interesses individuais homogêneos (resíduos não reclamados - artigo 100 do CDC) não revertem em receita para o fundo nos anos de 2006, 2008 e 2009. Em 2007, tais receitas representaram 0,05% do total arrecadado. Até agosto de 2010, houve a arrecadação de apenas R\$ 300,00, o que significa cerca de 0,003% do total arrecadado.

IV – as condenações judiciais de que trata o §2º. do artigo 2º. da Lei nº. 7.913/89 (dispõe sobre a ação civil pública por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários);

O presente inciso retrata a hipótese em que se introduziu em nosso ordenamento jurídico o instituto da “fluid recovery”. O citado parágrafo 2º. do artigo 2º. da Lei nº. 7.913/89 determinava que no caso de haver resíduo não reclamado no prazo de dois anos, deveria a “*quantia correspondente ser recolhida como receita da União.*” Hoje, com a norma do artigo 1º., §1º., inciso IV, da Lei n. 9.008/95, tais valores deverão ser revertidos ao FDD. Há que se lembrar que a disciplina e a fiscalização do funcionamento do mercado de valores mobiliários cabem exclusivamente à União, por meio de seus órgãos (Comissão de Valores Mobiliários), conforme artigo 21, inciso VIII, da Constituição Federal. Logo, eventuais ações civis públicas envolvendo tal hipótese deverão ser propostas na esfera da Justiça Federal, por haver interesse da União (art. 109, I, CF). Daí decorre o motivo pelo qual tais valores serem sempre revertidos ao FDD.

Contudo, há que se ressaltar que a hipótese prevista neste inciso já está abrangida na regra do inciso III retro.

Não obstante isso, tais valores não foram revertidos em receita ao FDD nos anos de 2006 a 2008 e janeiro até agosto de 2010. Em 2009, significaram apenas 0,83% do total arrecadado pelo FDD naquele ano.

V – as multas referidas no artigo 84 da Lei nº. 8.884/1994 (dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica);

Diz o artigo 84 da citada lei:

“O valor das multas previstas nesta lei será convertido em moeda corrente na data do efetivo pagamento e recolhido ao Fundo de que trata a Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985.”

As multas referidas no citado artigo são aquelas multas administrativas culminadas pelo CADE (artigo 60 da Lei nº. 8.884/1994), no caso de infração à ordem econômica. As infrações à ordem econômica estão descritas nos artigos 20 e 21 da Lei nº. 8.884/1994. As penas de multas administrativas estão previstas no artigo 23 da citada lei. Também foram estipuladas penas de multa diária para o caso de continuidade da infração à ordem econômica (artigo 25), para o caso de ausência injustificada de informações ou entrega de documentos (artigo 26), bem como para o caso de criação de óbices, injustificados, à realização de inspeção (artigo 27). Por fim, há aplicação de multas no artigo 54, § 5º., da citada lei (ver item 1.2.4 retro).

Há que se lembrar que a fiscalização da ordem econômica cabe à União, por meio do CADE, conforme artigo 1º. da Lei nº. 8.884/1994 e artigo 21, inciso VIII, da Constituição Federal.

Importante frisar que a maior parte dos valores arrecadados pelo FDD advém de tais multas. Assim, no ano de 2006, tais valores representaram 94,18% do total arrecadado pelo FDD daquele ano. Em 2007, significaram 92,42%; em 2008, representaram 88,12%; em 2009, significaram 92,58%; e de janeiro até agosto de 2010, 81,85% de todo o montante arrecadado pelo citado fundo naquele ano advieram de tal receita. Logo, é possível afirmar que a grande parte dos recursos arrecadados pelo FDD decorre das referidas multas administrativas.

VI – os rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do próprio fundo;

Na gestão do fundo, o CFDD poderá utilizar-se de aplicações financeiras para obter rendimentos com os recursos do próprio fundo.

Diz o artigo 10 do Decreto Federal nº. 1.306/1994 que os “*recursos destinados ao fundo serão centralizados em conta especial mantida no Banco do Brasil S.A., em Brasília, DF, denominada ‘Ministério da Justiça – CFDD – Fundo’.*”

Ora, nada impede e, aliás, é até recomendável, que o conselho gestor adote providências para aplicação financeira de tais recursos do fundo, a fim de obter rendimentos. Tal

estratégia tem por fim evitar a depreciação monetária advinda do simples fato de se deixar os recursos do fundo em conta corrente, sem qualquer rendimento.

Contudo, há que se frisar que a finalidade do fundo é a recuperação e prevenção dos bens difusos e coletivos lesados. Assim, tais investimentos deverão ser pautados para esse fim. A utilização de investimentos é um instrumento e não uma finalidade a ser buscada pelo fundo. O citado fundo, como visto, não tem intuito de lucro. Assim, é inimaginável a utilização de recursos do fundo de reparação para investimentos de risco ou de investimentos de longo prazo que pudessem inviabilizar a sua utilização. De qualquer forma, tal decisão deverá ser fundamentada administrativamente pelo conselho gestor, posto que deve haver transparência na gestão de tal fundo.

Nos relatórios dos anos de 2006 a agosto de 2010 não houve registro de receitas advindas de tais rendimentos.

VII – as outras receitas que vierem a ser destinadas ao fundo;

A lei, em sentido amplo, poderá determinar que outras receitas possam ser destinadas ao FDD, desde que guardem pertinência com as finalidades de tal fundo, de acordo com o artigo 1º., §1º., da Lei nº. 9.008/95. Assim, nada impede, que a União faça dotações orçamentárias para a transferência de recursos ao FDD.

Notamos que no período de 2006 a agosto de 2010 não houve nenhuma dotação orçamentária da União destinada ao FDD⁸⁹.

No relatório de arrecadação de receita do FDD por origem, consta como outras receitas as “Multas Legislação Prevista – FDD e Coletivo dos Trabalhadores”, significando 0,24% do total arrecadado até agosto de 2010. Este foi o único ano que tais valores constituíram receita do citado fundo.

No citado relatório, também foram computados como “outras receitas” os sorteios de instituições filantrópicas, que significaram, no ano de 2006, 0,12% do total arrecadado pelo FDD daquele ano. No ano de 2007 foi arrecadado apenas R\$385,60; no ano de 2008 passou a

⁸⁹ A Portaria Interministerial nº. 127, de 29 de maio de 2008 disciplina as transferências de recursos da União, mediante convênios e contratos de repasse.

corresponder a 0,02% do total arrecadado; em 2009, significava 0,03%; e até agosto de 2010, correspondia a 0,22% do total das receitas.

VIII – as doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

No nosso entender o CFDD deveria estimular, por meio de campanhas, tais doações de recursos. Não há um limite de valor preestabelecido para tais doações. As doações deverão estar de acordo com as regras do Código Civil (artigos 538 a 564). No entanto, a doação deverá ser destinada para a composição dos recursos do FDD, não havendo qualquer vinculação para sua utilização. Assim, é incabível a doação com encargo, também denominada de modal ou onerosa (artigo 540, parte final, do Código Civil). Isto porque, neste caso, a doação poderá ser revogada por inexequção do encargo (art. 562 do Código Civil), o que é incompatível com a gestão do citado fundo. Imagine uma doação com o encargo de que tal valor, ou parte dele, deveria ser destinado para a recuperação de determinado bem lesado, ainda que difuso ou coletivo (um ente internacional doar certa quantia para ser utilizada exclusivamente na Amazônia, por exemplo). Tal ingerência, por parte do doador, na gestão do fundo de reparação é inconcebível. Como visto, o FDD é um ente administrativo federal. A gestão de tal fundo cabe exclusivamente ao seu conselho gestor. Logo, a doação deverá ser pura e simples, a fim que o valor doado passe a constituir o patrimônio do fundo de reparação, para que possa ser gerido e melhor utilizado pelo seu conselho gestor, de acordo com os fins estabelecidos no artigo 1º., §1º., da Lei nº. 9.008/95.

As doações representaram, em 2006, 0,07% do total das receitas do FDD daquele ano. Esta mesma porcentagem permaneceu em 2007. Já em 2008, passou a representar 0,58% do total arrecadado. Em 2009, era 0,01% de todas as receitas. Por fim, até agosto de 2010, representava 0,13% do montante arrecadado naquele ano.

4.4 – Das receitas do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID)

De início, observo que o citado fundo paulista não tem a mesma precisão de registros do FDD. O sítio pertinente ao FID é carente de informações, inclusive quanto à

administração do citado fundo por seu conselho gestor⁹⁰. Assim, o CFID deveria seguir o exemplo do seu congênero federal, a fim de dar maior transparência a sua gestão, observando-se o princípio constitucional da publicidade. Não obstante isso, as informações referentes ao relatório de gestão do ano de 2010 estão disponíveis na Secretaria Estadual da Justiça e da Defesa da Cidadania. De acordo com tal relatório, até 28/01/2011 o FID arrecadou a quantia total de R\$ 54.232.010,27 (cinquenta e quatro milhões, duzentos e trinta e dois mil e dez reais e vinte e sete centavos), assim discriminados:

- a) de 1996 a 2000: foram arrecadados o valor de R\$ 4.204.439,28;
- b) de 2001 a 2005: foram arrecadados o valor de R\$ 11.092.814,20;
- c) no ano de 2006: foi arrecadado o total de R\$ 3.104.813,14;
- d) no ano de 2007: foi arrecadado o total de R\$ 4.481.455,74;
- f) no ano de 2008: foi arrecadado o total de R\$ 5.802.637,83;
- g) no ano de 2009: foi arrecadado o total de R\$ 10.355.224,54;
- h) no ano de 2010: foi arrecadado o total de R\$ 12.121.021,64.

No entanto, é preciso ressaltar que no citado relatório de gestão de 2010 ainda não consta a especificação da origem dos valores arrecadados, conforme determina o artigo 4º., “caput”, da Lei Estadual nº. 13.555/2009, o que deverá ser corrigido nos próximos relatórios.

Aliás, Ronaldo Porto Macedo Júnior já apontava esta falha quando ainda tal fundo era gerido pelo Ministério Público. Ao comentar sobre o artigo 5º.,§1º., da Lei Estadual nº. 6.536/89, que determinava a especificação da origem dos recursos, cuja regra hoje está prevista no artigo 4º., “caput”, da Lei Estadual nº.13.555/09, o citado autor já ressaltava a falta de dados:

“Tal dispositivo, antevendo a necessidade de separação dos depósitos em função das lesões a serem reparadas e suas áreas, já previa expressamente a discriminação da origem dos depósitos. Ocorre, contudo, que após pesquisa preliminar realizada pela Diretoria Geral do Ministério Público, a quem cabe administrar a conta do Fundo Estadual de Interesses Difusos, verificou-se haver muitos depósitos sem a mencionada especificação ou ainda com especificação incompleta ou insuficiente para a exata identificação da origem (número do processo ou inquérito civil, comarca, data, objeto da ação etc.).” (MILARÉ, 2002, p. 812).

Walter Polido também ressalta que os fundos estaduais ainda não têm a devida transparência, pois *“não apresentam ainda informações detalhadas para a sociedade, tal como*

⁹⁰ Ver [“http://www.justica.sp.gov.br/novo_site/Modulo.asp?Modulo=605&Cod=2”](http://www.justica.sp.gov.br/novo_site/Modulo.asp?Modulo=605&Cod=2).

aquelas disponibilizadas pelo Ministério da Justiça em relação ao FDD. Não se conhece, com clareza, o montante dos recursos financeiros disponíveis, considerando-se que as ações judiciais se avolumam, indenizações são arbitradas, multas são cobradas. São desconhecidas, também, as atividades implementadas pelos fundos estaduais e municipais, e o princípio da publicidade deveria coroar a gestão desses instrumentos públicos.” (POLIDO, 2005, p. 113).

Desta forma, de acordo com o artigo 3º. da Lei nº. 6.536/1989 (nesta parte ainda em vigor) e o artigo 2º. do Decreto Estadual nº. 27.070/87 constituem recursos do citado fundo:

I - as indenizações decorrentes de condenações por danos causados aos bens descritos no artigo anterior e as multas pelo descumprimento dessas condenações;

O citado decreto estadual usa a expressão “*multas advindas de decisões judiciais*”, o que nos parece mais correta, posto que a multa diária (“astreintes”) são fixadas não só em sentenças, mas principalmente em decisões interlocutórias.

Portanto, em regra, todas as indenizações pecuniárias e as multas diárias determinadas em ações civis públicas e ações populares para a defesa de interesses difusos e coletivos, no território do Estado de São Paulo, deverão ser revertidas ao FDI. Igualmente, na hipótese de ação civil pública para a tutela de interesses individuais homogêneos, se ocorrer a hipótese do artigo 100 do CDC (“fluid recovery”) ou se houver condenação à indenização por dano moral coletivo, tais valores também deverão ser revertidos ao FID.

Cabem aqui, as mesmas considerações feitas em relação ao FDD, no que tange ao artigo 1º., §2º, inciso I, da Lei nº. 9.008/95 (subitem 4.3, retro).

Não é demais mencionar que, de acordo com Paulo Eduardo Alves da Silva:

“O saldo do Fundo paulista em outubro de 2004 era de aproximadamente R\$ 11,14 milhões e, em agosto de 2005, de R\$ 14,3 milhões. O saldo, até 2004, proveio de 1.277 termos de ajustamento de conduta e 2.798 ações civis públicas. Do total de termos de ajustamento, 74,58% são referentes a meio ambiente, 23,65% a direitos do consumidor e 1,75% ao patrimônio cultural. Do total de ações civis públicas 84,45% são referentes a meio ambiente, 12,66% a direitos do consumidor, e 1,75% ao patrimônio cultural.” (COSTA, 2006, p. 577).

Assim, conclui: “... Ou seja, as condenações judiciais e termos de ajustamento em matéria ambiental representam a maciça maioria da receita do Fundo Paulista.” (obra citada, p. 578).

No entanto, é preciso ressaltar que tais dados não são oficiais, posto que ainda não há a discriminação da origem das receitas pelo FID. Assim, é que Ronaldo Porto Macedo Júnior já advertia desde 2002:

“Esta constatação indica a necessidade de se tomarem algumas medidas corretivas. Em primeiro lugar, e a curto prazo, sem a necessidade de qualquer alteração legislativa, seria recomendável a elaboração de um modelo de planilha de recolhimentos de depósitos ao fundo no qual fossem incluídas as informações essenciais para a identificação da origem dos depósitos. Feito tal trabalho, dever-se-ia dar divulgação a tal modelo e torná-lo obrigatório, através de alteração do Ato que regula a matéria no âmbito do Ministério Público estadual. Em segundo lugar, seria necessária a realização de levantamento dos depósitos, rastreando a sua origem para posterior separação. Em terceiro lugar, seria importante inscrever de maneira ainda mais clara na sistemática da lei estadual que regula o funcionamento do fundo de reparação de interesses difusos a obrigatoriedade da correta identificação da origem e natureza dos depósitos em benefício do mesmo.” (MILARÉ, 2002, p. 812-3).

Embora a legislação pleiteada por citado autor tenha advindo (artigo 4º. da Lei Estadual nº. 13.555/09), as mesmas advertências feitas por ele há nove anos atrás ainda são válidas, posto que até hoje ainda não houve a aplicação da referida norma.

II - os rendimentos decorrentes de depósitos bancários e aplicações financeiras, observadas as disposições legais pertinentes;

Aqui também cabem as mesmas observações feitas anteriormente em relação ao fundo federal (artigo 1º., §2º, inciso VI, da Lei nº. 9.008/95).

Contudo, neste aspecto, a lei paulista é mais clara. Diz o artigo 4º. da Lei Estadual nº. 13.555/09:

“Artigo 4º - Os recursos do Fundo serão depositados em conta de instituição financeira do Estado, que comunicará, no prazo de 10 (dez) dias, ao Conselho Gestor os depósitos realizados, com especificação da origem.

Parágrafo único - Fica autorizada a aplicação financeira das disponibilidades do Fundo em operações ativas, de modo a preservá-las contra eventual perda do poder aquisitivo da moeda.”

Como se vê, a lei paulista é mais específica, determinando que a aplicação financeira tem por fim apenas a preservação contra eventual perda do poder aquisitivo da moeda. Logo, como já dito anteriormente, a finalidade do fundo de reparação não é de lucro, sendo vedada a utilização de seus recursos em aplicações financeiras de risco ou em aplicações que possam inviabilizar a utilização dos seus recursos para os seus fins descritos no artigo 2º. da mesma lei. Contudo, cabe ao conselho gestor dar transparência e publicidade à utilização dos recursos do fundo, justificando adequadamente o motivo pelo qual o recurso foi dirigido para determinada aplicação financeira.

III - as contribuições e doações de pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras;

Cabem aqui as mesmas considerações que foram feitas na análise do artigo 1º., §2º, inciso VIII, da Lei nº. 9.008/95.

IV - o produto de incentivos fiscais instituídos a favor dos bens descritos no artigo 2.º.;

Aqui, parece-nos que o legislador paulista confundiu-se. Isto porque, o incentivo fiscal é uma técnica de estímulo de comportamentos. Visa favorecer o contribuinte, a fim de que ele adote determinado comportamento ou que de qualquer forma seja beneficiado com a redução, isenção ou não cobrança do débito fiscal. Exemplo: a remissão do IPTU dos imóveis atingidos por uma enchente catastrófica. O incentivo fiscal também serve como instrumento regulador do mercado econômico. Exemplo: subsídio do álcool combustível para estimular seu consumo. Pode servir, ainda, como sanção positiva ou premial⁹¹. Exemplo: conceder isenção do ITR a propriedades rurais que mantenham conservadas as suas reservas legais.

Aliás, as formas de incentivos fiscais estão descritas no artigo 150, §6º., da Constituição Federal, podendo somente ser concedidas por meio de lei. Então, diz o citado artigo:

⁹¹ Sobre o tema, ver obra citada de Consuelo Yatsuda Moromizato YOSHIDA, 2006, p. 81. A citada autora ressalta que tais condutas deveriam ser estimuladas pelo Poder Público. Porém, a sanção premial tem sido adotada de forma ainda tímida em nosso sistema jurídico, porque infelizmente é vista como mais um gasto público e não como um investimento preventivo, que culminará em menos gastos públicos futuros. Afinal, diz o ditado popular que é mais fácil (e mais barato) prevenir do que remediar.

“§6º. Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual, ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, §2º, XII, g.”⁹²

Portanto, não visualizamos nenhuma hipótese em que qualquer incentivo fiscal possa reverter em recursos para um dos fundos de reparação do artigo 13 da LACP. Como dito, qualquer das formas de incentivo fiscal beneficia diretamente o contribuinte e não os cofres públicos. O erário somente será beneficiado indiretamente, se entender que tal incentivo é um investimento.

Logo, entendemos que tal inciso possui uma redação equivocada.

Talvez o legislador tivesse a intenção de dizer que a instituição de tributos para a preservação dos bens descritos no artigo 2º. da Lei Estadual nº. 13.555/09 devesssem ser revertidos ao FID. É o que ocorreria, por exemplo, no caso de criação dos chamados “ecotributos”⁹³ ou no caso de instituição de taxas de licenciamento. Estas receitas, por meio de lei, poderiam ser destinadas ao FID, desde que fossem tributos estaduais. Isso porque os tributos federais destinados à preservação de interesses difusos e coletivos devem ser destinados ao FDD. Já os tributos municipais, em tese, poderiam ser encaminhados ao FID (posto que não há impedimento legal para tanto), desde que a lei municipal fizesse expressa menção a este fato. Mas na prática, o município dificilmente repassaria gratuitamente tais valores ao fundo estadual, posto que poderia utilizar tais valores no próprio município, em um fundo de preservação

⁹² Não é demais mencionar que um ente federativo não pode conceder nenhuma forma de incentivo fiscal de tributos do qual não tenha competência tributária para instituir, pelo fato de o tributo ser de competência de outro ente federativo. Não obstante tal regra decorrer do sistema federativo, há expressa previsão no artigo 151, inciso III, da CF.

⁹³ Interessante aqui repetir a lição de Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida sobre o tema ecotributo: “A ‘eficiência ambiental’ aparece em primeiro lugar no rol de critérios de um ‘eficiente tributo ambiental’, segundo conclusões da Conferência ECO 92, realizada no Rio de Janeiro. Outros critérios se referem à eficiência econômica (baixo custo); ser administrativamente barato e simples; e não provocar efeitos relevantes no comércio e na competitividade internacional.

Tem-se, assim, como principais objetivos dos chamados ‘ecotributos’: 1) minimizar o dano ambiental, internalizando seus custos, sem impedir o desenvolvimento, desnaturalizando-os; 2) influenciar a conduta dos sujeitos passivos, de modo a reduzir suas atividades poluidoras; 3) constituir instrumentos de indenização para a sociedade; 4) criar um incentivo para reduzir a quantidade de produtos poluentes, cujo êxito depende de um alto nível de informação à população e à existência de um ente arrecadador apto; 5) fonte de financiamento do custo ambiental, por exemplo, utilizando a arrecadação para desenvolver dispositivos de segurança ou reduzir o custo do produto reciclado.” _ grifo nosso (YOSHIDA, 2006, p. 79).

municipal, por exemplo, o que sem dúvidas seria mais efetivo. Contudo, em qualquer hipótese, não há obrigatoriedade no repasse de valores arrecadados com a cobrança de tributos (ainda que guardem relação com os bens metaindividuais) do Fisco para um dos fundos de reparação do artigo 13 da LACP. Trata-se de uma opção legislativa. Embora seja louvável tal atitude, tal fato fica a critério do Poder Público responsável pela instituição do tributo⁹⁴.

V – as transferências orçamentárias provenientes de outras entidades públicas;

Tal previsão decorre do artigo 2º., inciso IV, do Decreto Estadual nº. 27.070/87.

Assim, o Poder Público, por meio de suas entidades da administração pública direta e indireta, poderá fazer dotações orçamentárias em favor do FID. Nada impede que a União e os municípios façam tal dotação orçamentária ao FID, já que não há nenhuma restrição legal a isso. Contudo, por se tratar de um órgão estadual, a tendência é que receba dotações orçamentárias apenas de entes estaduais. A redação da norma do artigo do artigo 1º.,§2º., inciso VII, da Lei nº. 9.008/95, no nosso sentir, é mais adequada. Isso porque se trata de uma fórmula genérica (*outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo*), abarcando, inclusive a hipótese ora tratada de dotação orçamentária de entes públicos, como já foi visto.

4.5 – Do destino dos recursos

Em primeiro lugar é preciso lembrar que uma vez revertido o valor ao fundo da reparação, esta quantia passa a fazer parte de suas receitas, passando a ser administrado por seu conselho gestor. Assim, as receitas passam a constituir o orçamento dos fundos previstos no

⁹⁴ Assim é que, no Estado de São Paulo, no que tange às taxas (também denominados de preços de análise) instituídas para o licenciamento ambiental pela CETESB (Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental), tais valores são revertidos para outros fundos ou para a própria CETESB, de acordo com o órgão licenciador. Assim, diz o artigo 12, §4º., do Decreto Estadual nº. 47.400/2002:

“§ 4º - O preço de análise deverá ser recolhido separadamente ao Fundo Especial de Despesa da Administração da Coordenadoria de Licenciamento Ambiental e de Proteção dos Recursos Naturais ou ao Fundo Especial de Despesa do Departamento Estadual de Proteção dos Recursos Naturais ou ao Fundo Especial de Despesa do Instituto Florestal, da Secretaria do Meio Ambiente, ou à Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental - CETESB, conforme a competência dos órgãos que devam manifestar-se no procedimento de licenciamento.”

Artigo 13 - Nos casos de licenciamentos cuja competência esteja afeta à União, em que o Estado deve emitir pareceres técnicos, cabe ao empreendedor arcar com o preço de análise.”

Já os valores das multas administrativas aplicadas deverão reverter à própria CETESB, nos termos do artigo 98 do Decreto Estadual nº.8.468/1976.

artigo 13 da LACP e são geridas na forma contábil prevista em lei. Tais receitas são destinadas em parte para o pagamento de despesas administrativas do fundo (gastos com pessoal, equipamentos, etc.), em parte como reserva de contingência (com possibilidade de aplicação para rendimento ao próprio fundo) e em parte para despesas referentes às finalidades dos citados fundos: prevenção e reparação dos bens e interesses difusos e coletivos lesados. Há que se frisar que, mesmo após a celebração de convênios, contratos e termos de parceria, deverá o fundo responsável pela liberação de seus recursos fiscalizar a efetiva e correta aplicação destes valores por parte dos beneficiados. As atribuições dos fundos de reparação do artigo 13 da LACP não se esgotam apenas na liberação de valores, mas na sua efetiva utilização, o que se dá por meio de prestação de contas do beneficiado e fiscalização por parte do conselho gestor.

Porém, como visto, o orçamento destinado para as finalidades dos fundos de reparação são ainda aquém do desejado. Pior, ainda, é saber que nem todo este valor é utilizado. Mesmo assim, principalmente o FDD tem utilizado os seus recursos há anos. Já o FID está incipiente na utilização de seus recursos. Então, vejamos detidamente cada um deles, analisando a legislação correspondente.

Também não é demais frisar que não existem critérios preconcebidos para a aplicação dos recursos dos fundos de reparação. Assim, há uma grande margem de discricionariedade por parte do conselho gestor de tais fundos quanto à utilização de seus recursos. E assim deve ser. Isso porque, tudo dependerá das circunstâncias de determinado período. Logo, uma catástrofe, por exemplo, poderá justificar a utilização da maior parte dos recursos do fundo para a área ambiental; outra determinada circunstância pode justificar a utilização dos recursos do fundo na área do consumidor e assim por diante. Poderia-se pensar em uma determinação legal de parâmetros ou porcentagens para a utilização dos recursos, como por exemplo, a fixação de 20% do total do orçamento para a utilização na área ambiental, 10% para a área do consumidor, e assim sucessivamente. Mas tal fato, segundo nos parece, não tornariam os fundos de reparação mais efetivos. Isso porque, como dito, fatos circunstanciais, ocorridos em determinado ano, podem justificar um maior gasto em determinada área de atuação de tais fundos. Então, é melhor que se mantenha a margem de discricionariedade hoje existente para os conselhos gestores dos fundos utilizarem os seus recursos, desde que o façam de forma motivada. Porém, é evidente que os conselhos gestores de tais fundos deverão pautar suas escolhas de acordo com os princípios constitucionais expostos no subitem 1.3 retro, posto que, como visto,

tais princípios servem como vetores para a aplicação do Direito. Portanto, a discricionariedade jamais poderá ser confundida com a arbitrariedade.

4.5.1 – Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD)

De início, é preciso ressaltar que o artigo 1º., §3º., da Lei nº. 9.008/95 afirma que os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados:

- 1) na recuperação de bens (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 – art. 1º.,§1º.);
- 2) na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado;
- 3) na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º deste artigo. Este item será analisado em tópico à parte.

I – A ausência de vinculação de receitas

Portanto, a referida norma guarda total pertinência com a norma do artigo 3º. da citada lei, referente às atribuições do CFDD, posto que cabe ao conselho gestor a determinação da utilização de tais recursos. Assim, é que afirma o artigo 7º., “caput”, do Decreto Federal nº. 1.306/94, ao estabelecer que 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.*” O artigo anterior mencionado é justamente aquele que trata das atribuições do CFDD (artigo 6º. e seus incisos).

Como já foi visto, e de acordo com a norma do artigo 7º., parágrafo único, do Decreto nº. 1.306/94 os recursos “*serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível.*”

Este dispositivo merece crítica por falar em reparação específica do dano causado. Ora, como já ressaltado anteriormente, se o dano é reparável, não é cabível a indenização, mas

sua reparação específica. Logo, a condenação à indenização em pecúnia somente é possível se houver um dano irreparável, o que tornaria vazia a aplicação do artigo 7º., parágrafo único, do citado decreto. Porém, não obstante a veracidade das colocações expostas, duas colocações deverão ser feitas: 1) em primeiro lugar, há a possibilidade de condenação em pecúnia no caso de dano moral, mesmo que o bem difuso e coletivo seja reparável. Nesta hipótese, poderia ser aplicada a norma do artigo 7º, parágrafo único, do Decreto nº. 1.306/94; 2) em segundo, parecemos que a referida norma tem por fim precípuo ressaltar que a utilização dos recursos do fundo deverão ser utilizados precípuamente no local do dano, desde que possível, com o intuito de dar efetividade ao citado fundo.

No entanto, há que se ressaltar, que não há vinculação de receitas dos fundos do artigo 13 da LACP para a utilização de seus recursos. Assim, é possível a utilização dos recursos dos citados fundos para a reparação de qualquer interesse difuso e coletivo lesado, não havendo a necessidade de utilização dos valores dos fundos somente para a lesão de bens da mesma natureza. Com isso queremos dizer que as receitas dos fundos são obtidas por recursos advindos de multas e condenações pecuniárias decorrentes de danos ao meio ambiente, consumidor, etc. Porém, para sua utilização, não há uma vinculação entre a conta que discrimina a origem dos recursos e a dotação específica para cada área; ou seja, as receitas oriundas de danos ambientais não precisam necessariamente ser utilizadas para a recomposição de danos ambientais. Isso porque os recursos são encaminhados para uma única conta e, como dito, não há vinculação de receitas. Portanto, recursos obtidos com a degradação ambiental poderão ser utilizados, em tese, para a reparação ou prevenção de danos ao consumidor (por exemplo) e vice-versa.

Outra não é a lição de Paulo Eduardo Alves da Silva ao comentar o artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública:

“Além da questão prática (impossibilidade real de recuperar aquele bem específico), essa aparente incongruência se justifica pela natureza administrativa (não judicial do Fundo). Gerir o Fundo e aplicar os seus recursos é uma atividade que difere da execução de condenação judicial por danos a interesses coletivos. A tutela jurisdicional se baseia no sistema da responsabilidade civil, que opera pelo nexo entre o ato lesivo e a lesão. Se a lesão atingiu direitos dos consumidores de Pindamonhangaba, por exemplo, a tutela judicial deve proteger os consumidores daquela cidade. Já a tutela administrativa opera pelo critério da melhor aplicação desses recursos. É atividade balizada pelo critério de justiça, naturalmente, mas também por um

critério político ou de eficiência – ou de conveniência e oportunidade, se se preferir. Administrativamente, a verba resultante da condenação de empresa fabricante de remédios pode ser usada em políticas de educação ambiental, se mais conveniente e oportuno. Essa conclusão pode ser alcançada, inclusive, a partir de ponderação já feita em doutrina brasileira, segundo a qual o Fundo não é sucedâneo da execução específica e o legislador não passou a responsabilidade da reparação do dano para os gestores do Fundo.” (COSTA, 2006, p. 501).

Após, conclui:

“Em outras palavras, embora os recursos devam prioritariamente ser destinados à recuperação do bem especificamente lesado, pode ser dado destino diverso ao recurso do Fundo (em prol de outro bem ou em outra localidade). A demora inerente à solução judicial contribui para que a tutela seja genérica. Anos se passam até que se decida sobre o montante indenizatório e até que ele seja depositado no Fundo tutelado em espécie. Resta ao Conselho Gestor aplicá-lo na recuperação de outro interesse difuso. Também por essa razão, eventuais propostas de reforma legislativa que estabeleçam formas de controle sobre a destinação dos recursos do Fundo de Direitos Difusos podem revelar um retrocesso em termos de proteção eficiente dos interesses coletivos.” (obra citada, p. 502).

No mesmo sentido, é a lição de José dos Santos Carvalho Filho: “...os recursos que visavam ao pagamento de indenização passam, uma vez integrados no fundo, a incorporar os objetivos a que este está preordenado.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 389).

José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas, no texto intitulado “Algumas considerações acerca do Fundo para Reconstituição dos Bens Lesados” criticam esta desvinculação das receitas dos fundos de reparação, mencionando que os recursos deveriam ser utilizados de forma vinculada; ou seja, no mesmo local do dano e para o mesmo bem lesado. Assim, afirmam:

“Deste modo, 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. (LEITE e DANTAS, 1996, p. 78).

Ao final, tais autores concluem: “*a solução que parece mais viável é a modificação dos diplomas legais federal e estadual, com a consequente determinação de obrigatoriedade da vinculação dos recursos a serem aplicados, sendo que, nas hipóteses em que isto seja impossível, preveja-se, por ordem de preferência, a forma de destinação destes recursos.*” (obra citada, p. 82).

Contudo, tal solução apontada não nos parece razoável. Afora os argumentos acima apontados que justificam a desvinculação pelo fato de o fundo de reparação ser um órgão eminentemente administrativo, há outros de ordem prática. Como visto no tópico 4.3 retro, especificamente em relação às receitas do FDD, a maior parte das receitas daquele fundo advém de multas aplicadas com fundamento no artigo 84 da Lei nº. 8.884/1994. Tais multas, decorrentes de infrações da ordem econômica, significam mais de 80% de todo o valor arrecadado pelo FDD. Ora, se houvesse a referida vinculação, a utilização dos recursos do fundo deveria ser feita na mesma proporção, o que não nos parece correto. Logo, dizer que os recursos das condenações decorrentes de ações civis públicas ambientais podem vir a ser utilizados para a defesa de outros bens, é uma mera ilação, posto que o FDD tem diversas fontes de receita, que são encaminhadas para uma conta única. Como dito, a decisão da utilização dos recursos dos fundos de reparação previstos no artigo 13 da LACP é um ato administrativo discricionário do conselho gestor. No nosso sentir é até salutar que não haja tal vinculação, a fim de que os valores obtidos com as multas das infrações da ordem econômica possam utilizados para a defesa de outros bens difusos e coletivos, inclusive ambiental. No entanto, como adverte Paulo Eduardo Alves da Silva:

“*Isso não significa, contudo, que o Fundo não deva ser gerido de forma a permitir que seus recursos sejam destinados prioritariamente à recomposição do bem lesado. A organização dos recursos do Fundo em contas distintas, que permitam identificar a natureza e localidade do bem lesado, é uma medida de gestão racional e competente do Fundo, e permite auxiliar seu Gestor. Mas não deve servir de engessamento de sua atividade gerencial.*” (COSTA, 2006, p., 502).

Assim, segundo nos parece, a falha pela falta de recuperação do bem difuso e coletivo, como no caso do meio ambiente, por exemplo, não está em eventual deficiência que possa ser atribuída aos fundos de reparação. A falha somente pode ser atribuída à ausência da devida tutela específica, no âmbito do processo judicial, para a devida recuperação do bem.

Parece-nos que, de certa forma, houve um desvirtuamento da devida recuperação dos danos ambientais, que é o foco das críticas apontadas aos citados fundos. Isso porque, têm sido cada vez mais frequentes decisões judiciais determinando a indenização pecuniária como forma de compensação pelos danos ambientais, quando, na realidade, era possível a recuperação específica do bem lesado. Por exemplo: casas são construídas irregularmente em áreas de preservação permanente, em locais onde a recuperação ambiental em espécie é plenamente possível. Não obstante isso, há várias decisões judiciais que, mesmo assim, determinam uma indenização pecuniária ao causador do dano, em vez de determinar a demolição e a restauração da área de preservação permanente ao “status quo ante”. Então, há essa transferência de recursos ao fundo de reparação, que é feita, no nosso entender, de modo indevido (mas feita em virtude de uma ordem judicial). Assim, o Poder Judiciário transfere para o fundo de reparação uma obrigação que seria sua: a recuperação em espécie do bem. Ora, isto contraria a lógica do sistema⁹⁵.

Isso porque, como visto, os valores destinados aos fundos de reparação do artigo 13 da LACP devem decorrer de condenações em pecúnia somente quando o bem ou interesse difuso ou coletivo lesado for irreparável⁹⁶. Logo, sendo irreparável o citado bem difuso e coletivo, o valor da indenização deverá ser revertido ao fundo para a recuperação de outros bens difusos e coletivos ou para a preservação destes bens. Essa é a lógica do sistema. Quando há decisões judiciais permitindo-se a substituição da recuperação específica pela indenização, há uma quebra desta lógica. Isto porque, embora o valor esteja sendo revertido ao fundo de reparação, a lesão ao bem difuso e coletivo persiste. Então, a cobrança recai sobre o fundo de reparação, quando deveria recair sobre a qualidade das decisões judiciais (não só em matéria ambiental) e sobre a mentalidade dos julgadores e demais aplicadores do Direito. Evidentemente, que esta não é causa culminante para a tão criticada atuação dos fundos de reparação, mas sem

⁹⁵ Cabe aqui a menção à lição de Paulo de Bessa Antunes:

“É interessante observar que, embora a nossa legislação ambiental tenha sido apontada como uma das mais ‘avançadas’ do mundo, ela ainda carece de mecanismos mais eficientes para a prevenção do dano ambiental. A principal dificuldade reside no fato de que ela está fundamentalmente estruturada sobre o princípio da responsabilidade, isto é, da reparação equivalente, após a ocorrência do dano. Isto faz com que, na busca do equivalente, os processos judiciais – quando existentes – transformem-se em longas discussões sobre valores, índices de correção, nexos de causalidade etc., sem que se consiga chegar a um resultado rápido e satisfatório para os prejudicados, favorecendo os causadores de danos.” (ANTUNES, 2000, p. 246).

Esta crítica demonstra que as falhas na recuperação dos danos metaindividuais não podem ser atribuídas apenas aos fundos de reparação.

⁹⁶ Salvo dano moral coletivo, cujo montante pode ser fixado não obstante o cabimento da recuperação específica do bem.

dúvida é um fator que tem sido ignorado e que representa uma parcela que contribui para a atual situação de tais fundos.

Assim, José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas concluem:

“Diante dessa situação, é evidente que a tutela preventiva será dotada de muito mais efetividade do que a ação condenatória consistente em indenização pecuniária, eis que aquela, quando aforada, é capaz de evitar a lesão, ao passo que esta pressupõe a existência de um dano irreparável, tendo por escopo apenas a condenação a um valor monetário, hipoteticamente equivalente àquele que se despenderia para repará-lo, se tal fosse possível.” (LEITE e DANTAS, 1996, p. 77).

Assim, como já visto, em nosso sistema jurídico, em primeiro lugar deverá o juiz adotar medidas preventivas para a devida proteção do bem metaindividual. Tendo o dano já ocorrido, deverá procurar condenar o seu causador a realizar a devida recuperação (retornando ao estado anterior ao dano), por meio da tutela específica. Não sendo possível a recuperação do dano, ainda sim, o magistrado deverá adotar medidas compensatórias para minimizar as consequências danosas, determinando obrigações de dar, fazer ou não fazer, sem, contudo, olvidar de condenar o causador do dano à obrigação de indenizar (danos materiais e morais). Deverá, ainda, verificar a hipótese de ser cabível a adoção de compensação por equivalente⁹⁷. Contudo, somente no caso de não ser possível nenhuma das medidas anteriores (de recuperação ou compensação), é que o magistrado deverá determinar a condenação exclusivamente em pecúnia. Porém, como dito acima, isto não tem ocorrido na prática. É preciso entender que a opção pela condenação à obrigação de indenizar os danos metaindividualis é sempre a última.

Voltando ao tema, embora não haja a referida vinculação de receitas para sua utilização, tais receitas são discriminadas por sua origem (artigo 10, parágrafo único, do Decreto nº. 1.306/94). Assim, nada impede, na medida do possível, a utilização de tais recursos na reparação do dano no local onde ele ocorreu, nos termos do artigo 7º do citado decreto. Aliás, como visto, tal utilização é até recomendável⁹⁸. Mas não é demais advertir que se trata apenas de uma recomendação, sem qualquer obrigatoriedade (vinculação).

⁹⁷ Sobre o tema, ver item 1.2.6 retro.

⁹⁸ Ricardo Quass Duarte ressalta:

“É evidente a preocupação do legislador para que haja a maior proximidade possível entre o dano e a medida compensatória determinada. Lembrando que a condenação em dinheiro só ocorrerá se o bem for irreparável ou se impossível a execução da tutela específica, e desde que não haja possibilidade de ser aplicada medida

Não sendo possível a utilização dos recursos do FDD no local do dano (posto que em regra este é irreparável), deverá dar-se preferência para a utilização dos recursos em outro bem difuso e coletivo da mesma natureza, nos termos do artigo 7º., “caput”, do Decreto nº. 1.306/94⁹⁹. Mas novamente é preciso ressaltar: trata-se de mera recomendação, devendo a escolha da utilização do recurso ficar a critério do conselho gestor, de acordo com sua discricionariedade.

Assim, a única vinculação das receitas é a sua utilização para bens difusos e coletivos, de acordo com os objetivos do fundo de reparação. Como visto, os fundos do artigo 13 da LACP não se prestam para a reparação de interesses individuais, ainda que sejam individuais homogêneos.

Não obstante o acima exposto, há que se frisar que nosso legislador, por meio da Lei nº. 12.288, de 20-7-2010, acrescentou o parágrafo 2º. ao artigo 13 da Lei nº. 7.347/85, criando uma vinculação de receitas. Diz o citado parágrafo:

“§2º. Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º. desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o ‘caput’ e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.”

Em que pese a boa intenção do legislador, parece-nos absolutamente equivocada a referida norma. Primeiro, porque a vinculação de receita, conforme pretendida pela norma do referido parágrafo, poderá não trazer os frutos pretendidos. Isso porque, como há vinculação de receitas, somente os valores arrecadados com referidos acordos ou condenações poderão ser utilizados para aquele fim. Ora, o inverso também é legítimo: então, por exemplo, os valores referentes à arrecadação com multas administrativas aplicadas pelo CADE, maior fonte de receita do FDD, não poderão ser utilizados para os fins descritos no artigo 13, §2º., da LACP. Ademais, como visto, os números dos valores arrecadados contradizem, por si só, os argumentos daqueles

compensatória em equivalente não-pecuniário, o legislador estabeleceu a necessidade de haver algum vínculo entre a origem do dinheiro arrecadado e sua destinação.” (SALLES, 2006, p. 111).

⁹⁹ Neste sentido a lição de Edis Milaré:

“Quando a reconstituição do bem lesado não for possível, a indenização equivalente à lesão produzida deverá reverter em algum benefício ao meio ambiente, podendo ser canalizada para a reposição ou recomposição de outros bens, que não os efetivamente lesados.” (MILARÉ, 2009, p. 1.121).

que sustentam a necessidade de vinculação para se dar efetividade ao fundo de reparação. Segundo, porque a referida norma legal, se levada ao pé da letra, permite uma interferência indevida de um órgão absolutamente estranho ao conselho gestor do fundo. No entanto, a norma precisa ser bem interpretada: os conselhos de promoção da igualdade racial somente poderão agir como órgãos consultivos, a fim de facilitar o trabalho do conselho gestor do fundo. Jamais, no nosso entender, poderia haver uma intromissão indevida, a ponto de um órgão que não faz parte da gestão do fundo de reparação efetivamente determinar de que forma os valores arrecadados pelo citado fundo deverão ser utilizados. Isso porque, a utilização dos recursos dos fundos de reparação somente cabe somente aos seus conselhos gestores.

II – A recuperação de bens difusos e coletivos e promoção de eventos educativos, científicos e edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado.

Indubitável que esses são os objetivos principais do FDD. No entanto, o citado fundo tem por finalidade a recuperação e a prevenção de danos a bens difusos e coletivos. Embora as normas pertinentes ao FDD não mencionem expressamente a possibilidade de aplicação de seus recursos na prevenção de danos, deduz-se tal fato das próprias finalidades do citado fundo (artigo 1º., §1º., da Lei nº. 9.008/95). Ademais, isso também fica patente na norma do artigo 3º., inciso I, da citada lei, que estabelece entre as atribuições do CFDD a aplicação dos recursos na consecução dos objetivos previstos na LACP e CDC, entre outras. Aliás, a própria promoção de eventos educativos e científicos, bem como a edição de material informativo, já tem a finalidade preventiva. Já a Lei Estadual nº. 13.555/09, no artigo 6º., inciso II, menciona expressamente entre as atribuições do CFID, a aprovação de projetos de caráter preventivo de danos a bens metaindividuais, no que andou bem a lei paulista.

Há que se notar que de acordo com a lição de Paulo Eduardo Alves da Silva:

“A aplicação dos recursos do Fundo Federal é definida mediante aprovação de projetos apresentados anualmente ao Conselho Gestor. Em geral, os projetos e pedidos de financiamento são recebidos na primeira metade do ano, em prazo a ser fixado e publicado pelo Conselho Gestor.” (COSTA, 2006, p. 571).

A apresentação e aprovação de projetos (artigo 3º., incisos III e VII, da Lei nº. 9.008/95) é o principal instrumento de escolha para se possibilitar a aplicação dos recursos do

FDD. Depois de aprovado o projeto, deverá ser firmado convênio, contrato ou termo de parceria. No entanto, como visto, o CFDD também pode firmar, independentemente da apresentação de projetos, convênios e contratos com órgãos públicos ou privados, conforme artigo 3º., inciso II, da citada lei. Mas sem dúvida, na prática, a maior parte dos recursos do FDD tem sido transferida por meio de aprovação de projetos e posterior formalização de convênios, contratos e termo de parcerias. Não é demais lembrar que a aprovação do projeto cabe ao plenário do CFDD, conforme artigos 7º. e 8º. do Regimento Interno.

Há que se frisar, ainda, que podem ser beneficiados com recursos dos fundos tanto órgãos públicos, de quaisquer de suas esferas (federal, estadual e municipal), quanto órgãos de natureza privada. A lei não faz restrição quanto à aplicação de recursos do FDD, desde que estejam relacionados com as suas finalidades descritas no artigo 1º., §1º., da Lei nº. 9.008/95. Neste sentido, cabe aqui repetir a lição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

“É irrelevante a dominialidade do bem, se público ou privado, podendo os valores do Fundo ser regularmente destinados a qualquer deles, desde que circunscritos ao meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural.” (FIORILLO, 2010, p. 579).

No entanto, quanto à possibilidade de apresentação de projetos, tanto a lei, quanto o decreto e o regimento interno, silenciam sobre quem possa apresentá-lo. No nosso sentir, este silêncio deve ser interpretado de modo a permitir que qualquer cidadão possa apresentar projetos junto ao CFDD, conforme visto. Onde a lei não veda, não cabe ao interprete fazê-lo. Ademais, como dito, a possibilidade de apresentação de projetos por qualquer cidadão é uma forma de democratizar o FDD, tornando-o mais efetivo. Cabe, ainda, menção ao fato de que as associações legitimadas previstas no artigo 5º. da Lei nº. 7.347/85 nem sequer têm cumprido a contento a sua função de defesa judicial dos interesses difusos e coletivos, posto que a quase totalidade das ações civis públicas são propostas por órgãos públicos. Assim, a restrição de apresentação de projetos apenas aos órgãos legitimados para a propositura de ação civil pública (órgãos públicos e associações) não se justifica, posto que a legitimidade processual para tal ação nada tem a ver com a atividade administrativa do FDD de receber projetos. Não se pode estabelecer este paralelo restritivo, posto que as hipóteses são completamente diversas. Ademais, caberá ao CFDD analisar a viabilidade das propostas apresentadas, aprovando-as ou rejeitando-as, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, mas sempre de forma motivada, por se tratar de um ato administrativo.

No entanto, cabe ainda ressaltar que o artigo 17 do Regimento Interno do CFDD estabelece que os casos omissos, como é o retro apontado, serão decididos pelo presidente, ouvido o plenário. Assim, o CFDD poderá delimitar a apresentação de projetos apenas aos órgãos legitimados para a propositura de ação civil pública, por meio de resolução. No entanto, ainda assim entendemos que tal resolução restritiva à apresentação de projetos por qualquer cidadão é ilegal, por implicar em uma restrição administrativa onde a lei não veda, ferindo o princípio constitucional da legalidade e da eficiência.

No entanto, na prática as inscrições de projetos junto ao CFDD somente têm sido permitidas aos órgãos públicos e a entidades sem fins lucrativos que atuem na defesa dos interesses difusos e coletivos, conforme as mais recentes resoluções do CFDD (Resolução n°. 25, de 01 de março de 2010, e Resolução n°. 27, de 25 de março de 2011). Mesmo assim, somente no ano de 2009 foram encaminhadas 838 propostas para pleitos de recursos para o ano de 2010. O número de apresentação de projetos tem variado a cada ano: em 2004 foram 329 propostas; em 2005 foram 802 propostas; em 2006 foram 2.129 propostas; em 2007 foram apresentadas 169 propostas na área do consumidor, 980 propostas na área ambiental e 1.137 nas outras áreas; em 2008 foram apresentadas 1.715 propostas nas outras áreas, 1.693 propostas na área ambiental e 251 propostas na área do consumidor; em 2009 foram apresentadas 129 propostas na área do consumidor, 1.065 na área ambiental e 691 nas outras áreas¹⁰⁰. A diminuição no número de propostas nos anos de 2009 e 2010 é atribuída, no relatório de gestão de 2010, ao fato de as propostas serem entregues no sistema eletrônico (SICONV – Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse), de as prefeituras poderem firmar convênios em valor igual ou superior a R\$ 100.000,00 e de entidades privadas constituída há três anos poderem receber recursos da União.

No entanto, o número de projetos efetivamente aprovados e apoiados pelo FDD é infinitamente inferior ao número de projetos apresentados. Assim, no ano de 2004 foram aprovados 34 projetos; em 2005 foram aprovados 31 projetos; em 2006 foram aprovados 23 projetos; em 2007 foram aprovados 42 projetos; em 2008 foram 37 projetos apoiados; em 2009 foram 29 projetos aprovados; e em 2010 foram apoiados 41 projetos¹⁰¹. A simples aprovação do projeto não significa que o recurso do fundo já esteja disponível para a entidade beneficiada. É

¹⁰⁰ Dados obtidos no sítio: “<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ2148E3F3ITEMID2D76294374C246C783B9F1508BDB3DFFPTBRIE.htm>”.

¹⁰¹ Estes dados foram obtidos no relatório de gestão de 2010, disponível no sítio do Ministério da Justiça.

necessário, ainda, que seja formalizado o convênio, contrato ou termo de parceria para, somente após, ser liberado o recurso do fundo. Neste caminho, muitos projetos aprovados não acabam sendo considerados aptos para a celebração de convênio, contrato ou termo de parceria, não havendo o efetivo repasse de recursos.

Ainda de acordo com o relatório de gestão de 2010, do total de projetos apoiados, 14,7% dos recursos foram destinados ao meio ambiente, 31,7% foram destinados ao consumidor e 53,6% foram destinados a bens e direitos de valor artístico, histórico e a outros interesses difusos e coletivos¹⁰². Também de acordo com tal relatório, destes projetos apoiados, cerca de 80% dos favorecidos com os recursos eram órgãos públicos. Assim, dos R\$ 10.000.000,00 previstos no orçamento fixo de 2010, o CFDD repassou R\$ 8.000.000,00 para os projetos aprovados, sendo que o restante de R\$ 2.000.000,00 foram contingenciados. No relatório de gestão de 2009, também consta que houve a previsão da utilização de dez milhões de reais para o apoio a projetos. A própria Secretaria Executiva do FDD ressaltou que tal orçamento de 2009, que representava cerca de 20% do total arrecadado pelo fundo, “*prejudica a quantidade de projetos apoiados pelo FDD.*” Além disso, mencionou-se que do total do orçamento, apenas 63% foram efetivamente utilizados, justamente pelo fato de nem todos os projetos aprovados tornarem-se convênios ou contratos. Por fim, conforme consta do relatório de 2008, ano recorde na arrecadação do citado fundo, dos 37 projetos apoiados, 05 referiam-se a recursos destinados ao consumidor, 16 referiam-se a recursos destinados ao meio ambiente e 16 projetos a outros interesses difusos e coletivos. Em 2008, houve a previsão orçamentária da quantia de R\$ 6.518.613,00, ficando abaixo de 10% do total do montante arrecadado pelo fundo.

¹⁰² De acordo com o relatório de gestão de 2008, do total de projetos apoiados pelo FDD, no ano de 2005, 05 eram da área do consumidor, 16 da área do meio ambiente e 10 da área de bens artísticos, históricos e outros interesses difusos e coletivos. Destes projetos 18 eram de entidades públicas (sendo 02 dos estados, 02 dos Ministérios Públicos estaduais, 06 de municípios e 08 da União) e 13 de entidades não governamentais; em 2006 foram 06 projetos na área do consumidor, 09 na área do meio ambiente e 08 referentes a outros interesses difusos e coletivos. Destes projetos, 16 eram de entidades governamentais (sendo 03 dos estados, 01 dos Ministérios Públicos estaduais, 07 dos municípios e 05 da União) e 07 de entidades não governamentais; em 2007 foram apoiados 14 projetos na área do consumidor, 16 na área do meio ambiente e 12 referentes a outros interesses difusos e coletivos. Destes projetos, 26 eram de entidades governamentais (sendo 04 dos estados, 05 dos Ministérios Públicos estaduais, 16 dos municípios e 01 da União) e 16 entidades não governamentais; em 2008, foram 05 projetos apoiados na área do consumidor, 16 na área do meio ambiente e 16 referentes a outros interesses difusos e coletivos. Destes projetos, 19 eram de entidades governamentais (sendo 04 dos estados, 06 dos municípios e 09 da União) e dezoito entidades não governamentais. No relatório de gestão de 2009 consta que dos dez projetos que efetivamente receberam recursos do fundo, oito foram apresentados por órgãos públicos e apenas dois por entidades privadas. Destes dez projetos apoiados, todos eram referentes a outros interesses difusos e coletivos.

Estes dados demonstram que está havendo uma subutilização dos recursos do FDD. Não é demais lembrar que este é o fundo considerado mais eficiente do Brasil. Assim, de acordo com o relatório de gestão do CFDD de 2009, foram apoiados entre 1999 e 2009 cerca de 262 projetos em várias regiões do país. Mesmo assim, dos R\$ 215.650.808,61 arrecadados pelo FDD entre 1996 a agosto de 2010, cerca de no máximo 20% (R\$ 43.130.161,72) foram destinados para serem utilizados de acordo com as finalidades do citado fundo: reparação e prevenção de danos a interesses difusos e coletivos. Infelizmente, não há um dado preciso do CFDD a esse respeito, mas a nossa projeção de 20% é otimista, porque em alguns anos o orçamento efetivamente executado ficou aquém de 10% do total do montante arrecadado naquele ano, porque vários projetos aprovados não tiveram o convênio ou contrato firmados, por serem considerados inaptos. Portanto, o fundo de reparação mais efetivo do país (FDD) ainda está muito aquém de sua aplicação de recursos de forma ideal.

4.5.2 – Fundo de Defesa dos Interesses Difusos (FID)

Dentre as atribuições do CFID descritas no artigo 6º. da Lei Estadual nº. 13.555/09 destacam-se os dos incisos I a III:

“I - zelar pela aplicação dos recursos na consecução dos objetivos desta lei e daqueles previstos na Lei federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e na Lei federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

II - examinar e aprovar projetos, inclusive os de caráter científico e de pesquisa, relativos à reconstituição, reparação, preservação e prevenção dos bens mencionados no artigo 2º desta lei;

III - autorizar a celebração de convênios, contratos e termos de parceria que tenham por objeto a aplicação das receitas do Fundo”.

Igual norma consta do artigo 5º., incisos I a III, do Decreto Estadual nº. 27.070/87. No entanto, quanto à aplicação dos recursos, não mais subsiste a exigência do artigo 5º., inciso I, do citado decreto, de prévia autorização do Governador do Estado. Nesta parte, o referido inciso foi derrogado, posto que a norma do artigo 6º., inciso III, da Lei Estadual nº. 6.536/89, que

continha igual redação, foi revogada pela nova legislação. Assim, a Lei Estadual nº. 13.555/09 não mais permite esta intromissão indevida do Poder Executivo na gestão do FID.

No que tange ao inciso II do artigo 6º. da citada lei estadual, o Regimento Interno é mais específico, em seu artigo 1º., inciso II:

"II – examinar e aprovar projetos, inclusive os de caráter científico e de pesquisa, relativos à reconstituição, reparação, preservação e prevenção dos bens relativos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ao contribuinte, às pessoas com deficiência, ao idoso, à saúde pública, à habitação e urbanismo, à cidadania, e a outros interesses difusos definidos em lei".

No entanto, o citado inciso utiliza, de forma errônea, apenas a expressão *outros interesses difusos*, quando na verdade deveria mencionar *outros interesses difusos e coletivos*.

No entanto, como foi dito, o FID tem por finalidade a reparação e a prevenção de danos difusos e coletivos. Logo, seus recursos não podem ser utilizados para a defesa de interesses individuais homogêneos e tampouco para a indenização de bens individuais.

Em primeiro lugar, cabe destacar que de acordo com o artigo 2º. da Lei Estadual nº. 13.555/09 a utilização dos recursos do FID somente podem ocorrer no território do Estado de São Paulo. No mesmo sentido é o artigo 1º. do citado decreto estadual.

A legislação paulista não possui uma regra similar àquela prevista no artigo 7º. do Decreto Federal nº. 1.306/94, que determina a utilização prioritária dos recursos no local do dano, desde que possível. No entanto, o parágrafo único do artigo 1º. do Decreto Estadual nº. 27.070/87 determina que os valores dos fundos deverão ser utilizados, se possível, para a reparação ou prevenção da mesma espécie de bens lesados. A redação do citado parágrafo é um tanto confusa, embora o significado seja de fácil compreensão. Assim diz:

"Parágrafo Único - Estendem-se por resarcimento quaisquer despesas relacionadas com a reconstituição, reparação, preservação e prevenção dos valores de que trata o "caput", na mesma espécie dos bens lesados, se possível."

Desta forma, assim como acontece com o fundo federal, não há vinculação de receitas para a utilização dos recursos do FID. Portanto, o CFID poderá utilizar os recursos de maneira discricionária, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, devendo tal ato administrativo ser motivado. No entanto, nada impede, e é até recomendável, que o CFID utilize os recursos para bens e interesses da mesma natureza daqueles lesados e, ainda, se

possível, também no mesmo local da lesão. No entanto, como já mencionado, trata-se de mera recomendação, sem qualquer vinculação.

Interessante notar, conforme relato de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, que na reunião realizada em 01 de junho de 2005 pelo conselho gestor do fundo paulista, ficou estipulado, entre outros critérios e princípios que os valores decorrentes de indenização pecuniária por danos a bens metaindividuais, além das multas diárias e dos rendimentos em virtude de aplicação financeira, teriam suas receitas vinculadas. Assim:

“Os valores no item 3 acima, incisos I, II e III, e no item 4 acima, vinculam-se à tutela específica dos bens lesados objeto do respectivo inquérito civil, procedimento, ação ou termo de ajustamento de conduta, não podendo ser destinados para reparação de outros bens;

Na impossibilidade dos valores serem aplicados na tutela específica dos bens lesados, deverão sê-lo na tutela de outros bens lesados, relativos ao mesmo tipo de interesse difuso, preferindo-se os mais próximos aos mais distantes, quanto à sua localização territorial;

Não havendo bens do mesmo tipo de interesse difuso a reparar, os valores poderão ser aplicados na tutela de bens lesados relativos aos demais tipos de interesse difuso de que trata a Lei n. 6.536/89, a critério do Conselho Gestor do Fundo;” (FIORILLO, 2010, p. 579).

Quanto às receitas decorrentes de doações e os incentivos fiscais, ressaltou-se não haver tal vinculação:

“Os valores referidos no item 3 acima, incisos IV e V, não têm vinculação específica, podendo ser aplicados em quaisquer bens tutelados pela Lei Estadual n. 6.536/89, a critério do Conselho Gestor do Fundo;” (obra referida, p. 580).

No nosso sentir, tal vinculação, embora não obrigatória, significava um retrocesso. Assim, tal fato foi corrigido pela Lei Estadual nº. 13.555/09, que silenciou a respeito de tal vinculação. Desta forma, tal critério não mais poderia ter sido adotado hoje. Mas, não é demais frisar que não obstante tal vinculação de receitas proposta pelo referido conselho gestor, fato propugnado por alguns autores como possível solução para se dar efetividade ao FID, tal fundo ainda continuou inoperante por diversos anos. Isso reforça a tese de que a vinculação de receitas não se mostra adequada para tornarem efetivos os fundos de reparação, por representar um engessamento nas atividades do conselho gestor. Assim, entendemos que a vinculação de receitas

deve ser apenas uma recomendação, sem qualquer obrigatoriedade, devendo a decisão ficar a critério do CFID, de forma motivada.

I – Da efetiva utilização dos recursos do FID

Os recursos do FID podem ser utilizados para a reparação e prevenção de danos a bens e interesses difusos e coletivos. As regras acima citadas permitem, de forma expressa a utilização dos recursos de tal fundo na prevenção de outros danos. Assim, é justificável a utilização de tais recursos para campanhas e promoções educativas e científicas, bem como na utilização de material informativo. A lei paulista, no nosso sentir de forma inteligente, não especificou quais são as ações preventivas a serem adotadas, deixando ao alvitre do conselho gestor a aplicação dos recursos de acordo com os fins da lei¹⁰³.

O fundo de reparação paulista tem sido alvo de severas críticas, em virtude de sua falta de efetividade.

Ricardo Quass Duarte relata que:

“O Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados do Estado de São Paulo, criado em 1989, não tem tido o mesmo desempenho. Na exposição de motivos do Projeto de Lei Estadual nº. 205/2001, da Procuradoria-Geral de Justiça, ressaltou-se que, em mais de dez anos de existência, ‘nenhuma deliberação sobre a utilização de seus recursos foi adotada e as reuniões limitaram-se à aprovação do então regime interno e instalação da comissão gestora, o que faz com que as verbas resultantes das condenações judiciais sobre os danos aos interesses transindividuais fiquem immobilizadas, sem aproveitamento, em área reconhecidamente carente de recursos.’” (SALLES, 2006, p. 114).

No mesmo sentido, relata Fernando Reverendo Vidal Akaoui que “*o fundo de que trata o art. 13 da LF 7.347/1985 não tem sido utilizado a contento, já somando, ao longo de mais de quinze anos da promulgação do citado diploma legal, quantias razoáveis em seu saldo, sem que, no entanto, o Conselho gestor tenha se utilizado das mesmas para alcançar seu objetivo de reparar interesses difusos lesados.*” (AKAOUI, 2004, p. 121).

¹⁰³ No entanto, há que se frisar que a previsão do artigo 1º., §3º., da Lei nº. 9.008/95, referente ao FDD, é meramente exemplificativa.

Desta forma, o fundo paulista que foi criado em 08 de junho de 1987 não utilizou nenhum de seus recursos financeiros advindos de suas receitas até o final do ano de 2010.

No entanto, é de se ressaltar que este quadro de ineficiência começou a mudar a partir de 2001, por meio do reconhecimento do próprio Procurador-Geral de Justiça, à época, de que o fundo paulista necessitava de reformas, conforme lição acima descrita. Foi o primeiro passo para se dar efetividade ao citado fundo. O segundo passo foi dado em 01 de junho de 2005, conforme relato de Celso Antonio Pacheco FIORILLO (2010, p. 578). O citado autor relata que naquele ano houve uma reunião histórica do conselho gestor, no qual se estabeleceu critérios e princípios para a admissão, discussão e aprovação de projetos, prevendo a devida chamada para apresentação de projetos para o ano de 2005. O terceiro passo foi dado pela edição da Lei Estadual nº. 13.555/09.

Assim, como ocorre com o fundo de reparação federal, a maior parte dos recursos do FID é utilizada mediante a apresentação de projetos, conforme artigo 6º., inciso II, da Lei Estadual nº. 13.555/09, e a posterior formalização do convênio, contrato ou termo de parceria (inciso III do mesmo artigo). Como foi dito anteriormente, a apresentação de projeto é um importante instrumento à disposição do CFID. Porém, o citado conselho gestor poderá firmar, de ofício, convênios, contratos e termos de parceria independentemente da apresentação de projetos, posto que este é um instrumento facultativo. Os conselhos gestores têm se utilizado deste expediente de apresentação de projetos, por uma questão prática, permitindo-se a apresentação de propostas por meio de edital de convocação, emitindo uma resolução neste sentido, normalmente no início do ano.

Desta forma, o artigo 8º. da Lei Estadual nº. 6.536/89¹⁰⁴ previa que:

“Artigo 8.º - Poderão apresentar ao Conselho Estadual projetos relativos à reconstituição, reparação, preservação e prevenção dos bens referidos no artigo 2.º;

I - qualquer cidadão; e

II - entidades que preencham os requisitos referidos nos incisos I e II do artigo 5.º da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985.”

Contudo, a atual redação do artigo 8º. da Lei Estadual nº. 13.555/09 acabou por restringir a possibilidade de apresentação de projetos. Assim diz:

¹⁰⁴ Tal redação já se encontrava no artigo 8º. do Decreto Estadual nº. 27.070/87.

“Artigo 8º - Poderão apresentar ao Conselho Gestor projetos relativos à reconstituição, reparação, preservação e prevenção dos interesses de que trata o artigo 2º desta lei:

I - entidades que preencham os requisitos a que se refere o inciso V do artigo 5º da Lei federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985;

II - órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

Entendemos que andou muito mal a lei paulista, sendo a nova redação um retrocesso. Como dito no subitem 4.1 retro, não há motivo para se limitar a apresentação de projetos apenas para as pessoas jurídicas legitimadas para a propositura de ação civil pública. A apresentação de projetos para a recuperação e prevenção de danos metaindividuais deve ser de toda a sociedade, de maneira mais abrangente possível. A participação popular deve ser estimulada, para que se dê maior efetividade aos fundos de reparação da LACP. Portanto, caberá ao conselho gestor a análise da viabilidade e idoneidade de cada projeto apresentado, a fim de que possa empregar com eficiência os valores do fundo. Logo, não faz sentido a limitação imposta pela lei paulista, posto que o cidadão tem legitimidade para a propositura da ação popular, cujos valores podem reverter em recursos ao citado fundo, e, por via de consequência, deveria também ter para a apresentação de projetos junto ao FID.

Os projetos apresentados ao FID devem ser aprovados pelo plenário do CFID, por maioria simples dos conselheiros presentes à reunião, cabendo ao presidente o voto de minerva, em caso de empate (artigo 25 do Regimento Interno). Os conselheiros estão impedidos de votar em projetos apresentados pela associação ou órgão do qual é representante junto ao CFID (artigo 26, parágrafo único, do Regimento Interno). Podem ser beneficiados com recursos do FID entidades públicas ou privadas, desde que estejam relacionadas com as finalidades do citado fundo.

A partir de 23 de março de 2010, após o FID assumir uma estrutura administrativa similar ao FDD, foi feita a abertura de edital para a apresentação de projetos, sendo encaminhadas 101 cartas-propostas, de acordo com o relatório de gestão de 2010. Destas cartas-propostas, 95 foram consideradas em condições de análise. Das 95 propostas, 50 foram selecionadas para a fase seguinte, referente à apresentação de projetos. Nesta fase, foram apresentados 41 projetos, dos quais 18 projetos foram aprovados para financiamento com

recursos do FID. Atualmente, os projetos encontram-se em fase de formalização de convênios. De acordo com os dados do relatório de gestão de 2010, o valor estimado de aplicação de recursos pelo FID é de R\$ 24.306.114,94. Isto significa quase a metade de todo o valor arrecadado no FID durante os vinte e um anos de sua existência, que é de R\$ 54.232.010,27.¹⁰⁵

Dos 18 projetos aprovados, todos se referem a repasse de recursos do FID para órgãos públicos. Foram beneficiadas as Prefeituras Municipais de Bragança Paulista, Botucatu, Ribeirão Pires, São Luiz do Paraitinga (dois projetos) e Mombuca, além do Museu Municipal de Osasco. Dos órgãos estaduais, foram favorecidos a Pinacoteca do Estado de São Paulo e Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT).

Destes 18 projetos aprovados, 03 referem-se à área ambiental¹⁰⁶ e os outros 15 a outros interesses difusos e coletivos¹⁰⁷. Deste total, de acordo com o relatório de gestão de 2010, apenas 07 projetos encontravam-se prontos para a formalização do convênio. Destes sete, três já tiveram os convênios efetivamente firmados: Pinacoteca do Estado e os dois convênios de São Luiz do Paraitinga. Os demais ainda aguardam a formalização¹⁰⁸.

4.5.3 – Da utilização de recursos do FDD e do FID para modernização administrativa de órgãos públicos

A Lei nº. 9.008/95, em seu artigo 1º., §3º., parte final, prevê que os recursos arrecadados com o FDD serão aplicados na modernização administrativa dos órgãos públicos

¹⁰⁵ A justificativa para essa utilização de recursos é dada pelo próprio relatório de gestão de 2010:

“Significa dizer que a pioneira aprovação destes Projetos pelo Conselho repara uma dívida de 11 anos de resposta a população, para em 2011 o FID iniciar seus trabalhos com um deságio de apenas 2 anos contra os 13 que se tinha no início deste ano.”

¹⁰⁶ Um para a implantação de parque ecológico em Bragança Paulista, outro para implantação do Parque Integral Urbano do Rio Paraitinga em São Luiz do Paraitinga, e o terceiro para a implantação de dois parques lineares urbanos em Mombuca.

¹⁰⁷ Houve a aprovação de projetos para construção de centro de educação ambiental em Botucatu, para equipamento técnico e para aparelhamento do Museu Municipal de Osasco, para reformulação de exposição de acervo da Pinacoteca do Estado, para revitalização, acessibilidade e programas educacionais ambientais e parque municipal de Ribeirão Pires, para fiação e alimentação subterrânea de energia elétrica e telefonia no centro histórico de São Luiz do Paraitinga, e para a expansão da capacidade laboratorial para avaliação de segurança elétrica em eletrodomésticos para o IPT.

¹⁰⁸ Informação obtida até abril de 2011.

responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas no parágrafo 1º. do mesmo artigo (meio ambiente, consumidor e demais interesses difusos e coletivos).

Há que se ressaltar que tal norma tem sido muito criticada pela doutrina. Edis Milaré afirma:

“Não se justifica, sob qualquer ótica, a previsão contida no referido dispositivo legal. Afinal, qual a relação entre a morte dos últimos exemplares de uma espécie ameaçada de extinção e a compra de veículos, barcos, 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, e não destinada à modernização de repartições públicas, incumbência esta do Estado e não da sociedade.” (MILARÉ, 2009, p. 1.121).

Ronaldo Porto Macedo Júnior, ao comentar a citada norma, ressalta:

“...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.” (MILARÉ, 2002, p. 814).

Por isso, Ronaldo Porto de Macedo Júnior recomenda que a lei paulista não siga a mesma linha adotada pela Lei nº. 9.008/95. De fato, a legislação referente ao FID (Lei Estadual nº. 13.555/09 e Decreto Estadual nº. 27.070/87) não possibilita a aplicação de recursos para a modernização administrativa. A citada modernização administrativa não se trata de um interesse difuso ou coletivo, mas de uma atividade típica da Administração Pública. Bem fez a lei paulista, posto que a modernização administrativa não se coaduna com os objetivos da LACP e do CDC.

No entanto, não podemos ignorar que o Estado (em sentido amplo) pouco tem feito para a modernização dos órgãos de fiscalização. Como adverte Roberto Carramenha em seu artigo intitulado “Município e Meio Ambiente: é possível a implementação de uma gestão ambiental adequada?”: “*O Brasil ainda não trata de maneira adequada a questão ambiental como o faz, por exemplo, em questões de outros setores, como a agricultura, a indústria, a energia, entre outros. Talvez porque se saiba o quanto o fator ‘meio ambiente’ afeta cada um destes setores. Assim, ao falarmos em política séria ambiental para uma adequada gestão ambiental, estamos falando na criação de instrumentos bastantes para a efetiva implantação desta política e atendimento dos objetivos estabelecidos na legislação.*” (in Temas de Direito

Urbanístico, CAOHURB-Ministério Público do Estado de São Paulo, volume 04, Ed. Imprensa Oficial, São Paulo, 2005, p. 226).

Esta advertência serve não somente para a área ambiental, mas para todos os órgãos de fiscalização para a defesa dos interesses metaindividuais. O que se vê na prática são órgãos públicos com poucos funcionários e mal estruturados administrativamente. Porém, não é objetivo da Lei nº. 7.347/85 a adoção de medidas administrativas de modernização de tais órgãos públicos, cabendo ao Estado adotar tais medidas.

Não obstante as advertências acima referidas, o FDD têm efetivamente utilizado seus recursos para a modernização administrativa de órgãos públicos. No ano de 2002 foram seis convênios firmados com órgãos públicos para a modernização administrativa, todas ligadas à área do consumidor (estruturação de PROCON), conforme relatório de gestão daquele ano. De acordo com o relatório de gestão de 2004, foram quatro projetos apoiados para a modernização administrativa com entes governamentais. Conforme relatório de gestão de 2005, foram dois projetos apoiados com este propósito. De acordo com o relatório de gestão de 2006 foram quatro projetos apoiados naquele ano para esse fim; no relatório de gestão de 2007 constam doze projetos apoiados; no relatório de gestão de 2008 constam dois projetos apoiados; no relatório de gestão de 2009 não consta nenhum projeto apoiado para a modernização administrativa de entes governamentais; no relatório de gestão de 2010 consta um projeto apoiado para esse fim. Em todos os casos, nenhum dos projetos recebeu recursos do FDD em quantia superior a R\$ 300.000,00. A maior parte deles recebeu quantias inferiores a R\$ 100.000,00. De qualquer forma, foram gastos que deixaram de ser utilizados para as finalidades da Lei nº. 7.347/85.

4.5.4 – Do uso das verbas do FDD e do FID para o custeio de perícias

Segundo nos parece, atualmente, a realização de prova pericial na ação civil pública para a defesa de interesse metaindividual virou quase que uma obrigatoriedade. Tem-se ignorado, sistematicamente, a norma do artigo 427 do Código de Processo Civil:

“Art. 427. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.”

A referida norma deve ser conjugada com a norma do artigo 420, inciso II, também do CPC, que determina que o juiz deve indeferir a perícia quando “*for desnecessária em vista de outras provas produzidas*”.

Assim, adverte Fábio Tabosa, ao comentar o referido artigo, que a não determinação de perícia em virtude de parecer técnico juntado aos autos somente pode se dar se as partes estiverem de acordo com o teor do citado parecer técnico. Mesmo assim, de acordo com tal autor, o juiz não fica adstrito à conclusão do parecer técnico, podendo determinar a perícia¹⁰⁹.

No entanto, em sede de ação civil pública, o que se tem visto é que, por falha na condução da presidência do inquérito civil¹¹⁰ e na condução do processo, a perícia tornou-se quase que obrigatória em todos os casos, de forma indiscriminada.

José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas, socorrem-se da lição de Galeno de Lacerda para afirmar que para “*o douto jurista, deve o Ministério Público, ao instruir o inquérito civil público procurar requisitar a realização de perícia por órgãos de notória idoneidade. Em assim procedendo, o ‘parquet’ estará oferecendo ao magistrado elementos probatórios de difícil contraste.*”(LEITE e DANTAS, 1996, p. 80).

Não obstante tal lição, já nos deparamos, em nossa vida prática, com diversas situações em que o réu era revel (aplicando-lhe os efeitos da revelia do artigo 319 do CPC) ou que não havia contestado especificamente o laudo apresentado no inquérito civil (artigo 302 do CPC) e, mesmo assim, o juiz determinou a realização da perícia, sem que tal prova fosse necessária. Assim, a má aplicação da norma permite que o que seria uma faculdade do julgador, de acordo com o bom senso, torne-se uma obrigatoriedade para todos os casos.

Além disso, é de se notar, na prática, que após determinar a realização de perícia, nossos magistrados têm determinado que os valores referentes aos adiantamentos das custas do perito devam ser arcadas com recursos dos fundos de reparação do artigo 13 da LACP.

¹⁰⁹ Código de Processo Civil Interpretado, Coordenador Antonio Carlos Marcato, Editora Atlas, São Paulo, 2004, p. 1.320.

¹¹⁰ Entendemos que o órgão do Ministério Público que preside o inquérito civil deve adotar certos cuidados no inquérito civil, como dar ciência ao investigado sobre a realização do laudo pericial, oferecendo-lhe a oportunidade de oferecer quesitos e de se manifestar sobre o seu teor. Isto porque, a maior parte das justificativas para a realização da perícia é o cerceamento de defesa ocasionado pelo fato de a prova ter sido produzida sem a participação do réu. Além disso, o Ministério Público deverá se socorrer de órgãos públicos para a realização de prova pericial na fase de inquérito civil. No Estado de São Paulo, o Ministério Público possui um corpo de peritos próprios para a elaboração de pareceres técnicos, lotados no Centro de Apoio Operacional à Execução (CAEx). Além disso, há órgãos públicos estaduais que têm prestado apoio, fornecendo laudos periciais, como a CETESB na área ambiental, Tribunal de Contas na área de patrimônio público, etc.

Ronaldo Porto Macedo Júnior sugeriu que houvesse uma alteração legislativa para se incluir entre as aplicações do FID o “*custeio de perícias, estudos e trabalhos técnicos necessários à instrução de inquérito civil instaurado para a apuração de fato ofensivo a interesse difuso e coletivo.*” (MILARÉ, 2002, p. 815). Assim, conclui o citado autor: “*A utilização de recursos do fundo para a realização de perícia pode, deste modo, constituir-se em importante mecanismo para a prevenção de danos a interesses difusos e coletivos, o que harmoniza-se plenamente com o espírito da LACP.*” (idem, p. 816). Não obstante posicionar-se a favor da utilização de recursos do fundo para pagamento de prova pericial, o mesmo autor não descarta a necessidade de que haja uma mudança legislativa para autorizar tal aplicação, posto que atualmente não há.

Ricardo Quass Duarte também se posiciona a favor do custeio da prova pericial pelo fundo de reparação. Assim, afirma:

“*Com efeito, tendo em vista que a ação civil pública pode deixar de receber uma solução justa por falta de realização de perícia adequada, há de se reconhecer a possibilidade de utilização de recursos do fundo para esse fim. Ademais, muitas ações civis públicas têm por objeto a prevenção de danos, podendo esse desiderato depender de adequada e tempestiva perícia, pois propiciará ao juiz condições técnicas de proferir a melhor decisão. Ressalte-se, em adição, que a dispensa de adiantamento de honorários periciais, prevista no art. 18 da Lei da Ação Civil Pública, tem criado muitos óbices ao regular trâmite das ações civis públicas, pois os peritos não são obrigados a trabalhar sob a condição (evento futuro e incerto) de receberem seus honorários ao final da ação.*” (SALLES, 2006, p. 113).

Contra tal entendimento, posiciona-se Álvaro Luiz Valery Mirra, entendendo ser incabível a utilização de recursos do fundo para custeio de perícia judicial ou extrajudicial, bem como para a modernização de administrativa de órgãos públicos (MIRRA, 2004, p. 361).

De qualquer forma, Hugo Nigro Mazzilli afirma que a falta de norma legal é, atualmente, um obstáculo intransponível ao custeio de perícia pelo fundo de reparação. Assim, menciona:

“*Entretanto, se, ‘de lege ferenda’, tal solução pode ser cogitada, hoje, porém, ‘lege lata’, é inviável. Com efeito, sob o sistema vigente, tanto a lei federal que dispõe sobre o fundo nacional para reparação de interesses difusos, como a lei estadual paulista que dispõe sobre o fundo estadual respectivo – ambas não prevêem a possibilidade de usar os recursos do*

fundo em perícias, vistorias ou despesas processuais para condução das ações civis públicas ou coletivas.” (MAZZILLI, 2002, p. 399).

De fato, além do óbice legal, a lógica não recomenda a utilização de recursos de tais fundos para perícia judicial. Isso porque, em que pese o entendimento dos autores que se posicionam a favor do custeio de perícia com recursos do fundo de reparação, a realização de prova pericial é uma questão processual. Embora realizada no bojo de uma ação civil pública para a defesa de interesse metaindividual, tal perícia não tem relação com o bem jurídico protegido, mas apenas com o resultado do processo. A perícia é apenas um meio de prova à disposição das partes e do juiz. Logo, o fundo de reparação, que é um órgão administrativo não pode ser obrigado a custear a realização de provas processuais. A função dos fundos de reparação é administrativa, não tendo qualquer vinculação com a atividade estatal jurisdicional. Não é o fato de ser um repositório de valores decorrentes de condenações judiciais em pecúnia que faz do fundo um órgão obrigado a arcar com custas e honorários judiciais. A persistir este entendimento, o fundo de reparação também poderia ser obrigado a arcar com despesas de deslocamento de testemunhas, a arcar com o valor de honorários advocatícios ao final do processo, etc. Ora, este não é o intuito das leis que disciplinam tais fundos. Portanto, assim como ocorre em relação à modernização administrativa de órgãos públicos, o custeio de adiantamentos de honorários de peritos e de custas periciais deverá ser arcado pelo Estado (em sentido amplo) e não pelo fundo de reparação¹¹¹. Cabe ao Estado aparelhar seus órgãos com técnicos aptos à realização de provas periciais ou, então, arcar com o valor da perícia, quando não tenha órgão apto a realizá-la, fornecendo adiantamento de honorários ao perito particular, posto que tal fato está relacionado

¹¹¹ Neste aspecto, bem andou a Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo a recomendação aos membros do Ministério Público Paulista, por meio do Ato nº. 608/2011-PGJ, publicado em 11/10/2011:

“RECOMENDA aos Promotores de Justiça do Meio Ambiente e de Habitação e Urbanismo que, no âmbito de acordo extrajudicial ou judicial, em complementação à eventual obrigação de dar, fazer ou não fazer busquem o resarcimento das despesas desembolsadas pelos órgãos e instituições privados e públicos, na prestação de serviços técnicos-científicos ao Ministério Público.

RECOMENDA-SE, ainda, que o resarcimento dessas despesas seja feito de conformidade com planilha de custos dos serviços, a ser elaborada pelos órgãos e instituições privados ou públicos.”

Fernando Reverendo Vidal Akaoui ressalta que idêntica norma já fora objeto de recomendação por meio do Aviso PGJ 253/1996. O mesmo autor ressalta:

“Notadamente no âmbito de investigação levada a efeito pelo Ministério Público, que inclusive possui poder de requisição de informações a órgãos públicos e privados, é necessário exigir o resarcimento de seus órgãos auxiliares, até porque são, normalmente, órgãos públicos, ou seja, o dinheiro utilizado para obter a informação vem dos cofres públicos, não sendo crível que o Poder Público ampare estes gastos sem posterior recebimento.” (AKAOUI, 2004, p. 139/140).

com a atividade jurisdicional, que é atividade típica e exclusiva do Estado (em sentido amplo)¹¹². Após, deverá o Estado voltar-se em face daquele que foi condenado no processo para cobrar-lhe as despesas processuais realizadas, se for o caso.

Neste sentido, é digna de menção a lição de Hugo Nigro Mazzilli:

“Em alguns casos, pode-se contornar o problema com a inversão do ônus da prova, quando cabível; se o juiz impuser a inversão, caberá ao réu antecipar as despesas do processo. Fora daí, caberá à Fazenda antecipar as custas, se isso for necessário.” (MAZZILLI, 2002, p. 443).

Ainda mais inconcebível, é o juízo responsável pelo julgamento da ação civil pública determinar no processo (por meio de decisão interlocatória), que os valores da perícia e dos honorários do perito sejam arcados com recursos do fundo de reparação. Tal decisão representa uma indevida ingerência do Poder Judiciário em um órgão administrativo que faz parte do Poder Executivo, além de não encontrar respaldo em nossa legislação, como visto.

Não obstante entendermos que o custeio de despesas de provas, inclusive a pericial, cabe ao Poder Público, o fato é que há previsão de tal custeio pelo fundo de reparação no texto original do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, em seu artigo 25, “caput”¹¹³, e no texto original do Anteprojeto da Nova Lei de Ação Civil Pública, em seu artigo 41¹¹⁴. No nosso sentir, tal previsão significa um retrocesso, posto que os elaboradores de tais

¹¹² Tal solução é sugerida por Hugo Nigro Mazzilli, “...porque os peritos particulares não são obrigados a custear encargos públicos, então a Fazenda Pública deverá arcar com esse custeio..”(2002, p. 442).

¹¹³ Diz o citado artigo:

“Art. 25. Do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos. 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 parágrafo 3º. do artigo 16.”(grifo nosso).

¹¹⁴ Diz o citado artigo:

“Art.41. Os recursos do Fundo serão destinados à realização de atividades tendentes a minimizar as lesões ou a evitar que se repitam, dentre outras que beneficiem os bens jurídicos prejudicados. O Fundo poderá também antecipar os custos de perícias e gastos em ações coletivas e viabilizar a execução de obrigação de fazer a ser prestada por terceiro às custas do obrigado.”(grifo nosso).

No entanto, o artigo 42 do citado anteprojeto ressalta que constituem “receitas do Fundo, dentre outras, o resarcimento das despesas com perícias e os gastos com perícias e os gastos antecipados”. Contudo, não serão raras as hipóteses em que os fundos de reparação nada receberão, como no caso de réu pobre ou insolvente. Imagine-se a hipótese em que o réu é condenado ao final, em virtude de procedência da ação, devendo arcar com o resarcimento das despesas periciais antecipadas pelo fundo. Logo, não obstante isso, o réu se nega a pagar tal valor. Então, seria necessária a propositura de ação de execução. Assim, quem iria executar tal valor, já que os citados fundos não têm personalidade jurídica? O citado anteprojeto não responde esta questão, que será de ordem prática e tornará inócuas a aplicação de tal dispositivo.

anteprojetos não se atentaram que tal obrigação é do Estado (em sentido amplo). De qualquer forma, trata-se de uma opção legislativa.

4.5.5 – Os fundos de reparação e os interesses individuais

A única vinculação das receitas dos fundos do artigo 13 da LACP é a sua utilização para a prevenção e reparação de bens difusos e coletivos. Como visto, os citados fundos não têm como finalidade a utilização de seus recursos para a prevenção e a reparação de interesses individuais, ainda que sejam individuais homogêneos. A justificativa para isso é simples: os citados fundos se destinam à reparação e à prevenção de lesões a interesses e bens difusos e coletivos (bens indivisíveis). Neste sentido é a lição de Paulo de Bessa Antunes:

“O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos busca a reparação de danos causados ao meio ambiente, desde que estes não impliquem agressões a interesses individuais. Desde logo, percebe-se que a indenização às vítimas não é uma preocupação do FDD. Por outro lado, o mencionado fundo não está baseado no princípio da solidariedade, mas, isto sim, no princípio da responsabilidade civil, pois ele é um simples repositório de condenações judiciais em dinheiro.”(ANTUNES, 2000, p. 293).

No mesmo sentido é a lição de Luciana Stocco Betiol, que embora mencione tal fato no âmbito ambiental, tal ensinamento se irradia para os demais interesses difusos e coletivos:

“No Brasil, a maioria dos fundos ambientais não atende à função de reparação dos danos ambientais ou dos danos reflexos sofridos pelas vítimas. Figuram como mecanismos de gestão ambiental e de atuação ecológica, financiando ferramentas de preservação, educação e desenvolvimento sustentável.” (BETIOL, 2010, p. 207).

Não se pode ignorar que os danos a interesses difusos e coletivos possam afetar microbens individuais (particulares ou públicos). Assim, para ficarmos no âmbito do direito ambiental, um exemplo melhor esclarecerá. Desta maneira, o fato de uma indústria despejar determinado produto tóxico diretamente no rio, irá causar diversos danos ambientais no rio e nas margens do mesmo curso d’água. Assim, plantadores de arroz, por exemplo, que utilizam a água do rio para irrigação, certamente sofreriam prejuízos financeiros (perda da colheita, por exemplo)

e danos resultantes da contaminação do solo (impossibilidade de novo plantio por certo período, por exemplo).

Neste caso, caberia ao prejudicado particular socorrer-se das vias judiciais cabíveis, ingressando com a competente ação de indenização em face do causador dos danos (indústria poluidora). Ora, o resultado destas ações individuais em nada afeta a situação dos fundos de reparação. É impensável a utilização de recursos dos fundos de reparação do artigo 13 da LACP para a reparação de prejuízos econômicos sofridos pelas vítimas. Para estas, o sistema jurídico tem outros mecanismos, a fim de que possam se voltar contra o causador do dano (ação de indenização). Neste sentido é a lição de Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

“A razão para o encaminhamento da indenização ao fundo, no primeiro caso, é a indivisibilidade dos interesses difusos e coletivos: é inviável repartir entre os lesados o valor a que o causador do dano foi condenado.

Imagine-se uma empresa poluente condenada a ressarcir os danos ao meio ambiente. Se a ação versa exclusivamente sobre interesse difuso ou coletivo, não há lesados individuais: o lesado é todo o grupo, classe ou categoria de pessoas, e não há como individuar a parte cabente a cada um. O produto da indenização não pode ter outro destino senão o encaminhamento ao fundo (nada impede, porém, que, em decorrência do fato, alguma vítima tenha danos específicos, possa ela requerer indenização em ação própria.)” (GONÇALVES, 2007, p. 131).

Contudo, outra hipótese, também pode ocorrer. Assim, determinados danos ambientais a macrobens podem atingir de maneira reflexa a propriedade particular, como é o caso da contaminação do solo¹¹⁵. Neste caso, os recursos do fundo de reparação deverão ser direcionados para a recuperação do macrobem, mas os proprietários dos microbens poderão ser beneficiados por via reflexa, como, por exemplo, a descontaminação de todo o solo afetado pela poluição. Mas mesmo neste caso, o fundo de reparação terá por finalidade a defesa do interesse difuso e coletivo (macrobem indivisível) e não de bens individuais, embora no presente exemplo ambos sejam indissociáveis.

¹¹⁵ Estes danos reflexos são denominados por Álvaro Luiz Valery Mirra de dano “por intermédio”. Assim, afirma: “... o dano ‘por intermédio’ do meio ambiente não é, absolutamente, um dano ecológico, mas pura e simplesmente um prejuízo causado a pessoas físicas e jurídicas, estas de direito privado ou público, nos seus patrimônios individuais, nos bens patrimoniais sujeitos à sua tutela ou eventualmente, em sua esfera extrapatrimonial pessoal, por atividades poluidoras ou degradadoras da qualidade ambiental.” (MIRRA, 2004, p. 79).

Então, há que se questionar: é possível ressarcir eventuais vítimas do evento com valores dos fundos de reparação? A resposta somente pode ser não. Isso porque, os citados fundos servem como repositório para a administração de valores decorrentes de lesões a bens e interesses difusos e coletivos, que são indivisíveis. Já os danos individuais, assim, como os individuais homogêneos, são divisíveis, não fazendo parte dos objetivos de tais fundos¹¹⁶.

E se o poluidor somente tivesse condições financeiras de arcar com o valor da indenização fixada judicialmente para o pagamento ao fundo de reparação? As vítimas poderiam pleitear suas indenizações pessoais junto a tal fundo? Entendemos que a resposta também só pode ser negativa¹¹⁷.

Em primeiro lugar, há que se mencionar que os fundos de reparação previstos no artigo 13 da LACP não servem de substituto da responsabilidade civil do causador do dano. De acordo com o princípio do poluidor-pagador, cabe ao causador do dano, de forma direta ou indireta, a responsabilidade de indenizar todo o dano ambiental, bem como de ressarcir eventuais vítimas atingidas em seus bens particulares pelos danos provocados. Em se tratando de lesão a bem difuso ou coletivo, a responsabilidade do causador do dano é sempre objetiva e solidária, como visto. Logo, não há uma relação que vincule os citados fundos à obrigação de reparar as

¹¹⁶ Álvaro Luiz Valery Mirra ainda adverte:

“Os direitos das pessoas físicas e jurídicas lesadas em caráter pessoal por agressões causadas ‘por intermédio’ do meio ambiente podem, sem dúvida, muitas vezes, enquadrar-se entre os direitos individuais homogêneos, pois não são raros os casos de danos materiais, morais e corporais que têm origem em uma mesma e única degradação ambiental e atingem grande número de vítimas, assumindo, com isso, amplitude coletiva.”(MIRRA, 2004, p. 87).

¹¹⁷ Neste sentido, é a lição de Hugo Nigro Mazzilli:

“a) na ação civil pública ou coletiva que verse a defesa de interesses ‘difusos’, pode ocorrer que advenha uma indenização pelo dano global. Nesse caso, o indivíduo, ainda que faça parte do grupo lesado, não receberá parte alguma do produto da indenização, que é indivisível;

“b) na ação civil pública ou coletiva que verse a defesa de interesses ‘coletivos’, em sentido estrito, ainda que o proveito possa dizer respeito a grupos determináveis (como, p. ex., a ação destinada à anulação de uma cláusula em contrato de adesão), esse proveito será indivisível, como é próprio aos interesses coletivos em sentido estrito; assim, não poderá evidentemente ser repartido entre os lesados;”(MAZZILLI, 2002, p. 400).

No entanto, o mesmo autor menciona que não obstante a hipótese de o interesse protegido na ação civil pública ser difuso e coletivo (indivisível), pode ser fixada multa cominatória (multa diária) no curso de tal processo. Neste caso, a multa pelo eventual descumprimento da cominação, no entender do referido autor, destina-se a acrescer às indenizações individuais, podendo ser repartido entre os lesados, constituindo-se em um interesse individual homogêneo, que é divisível. Assim, em seu entender, as vítimas de interesses individuais homogêneos poderiam habilitar-se na execução da ação civil pública, na forma do artigo 100 do CDC, para pleitearem a sua cota decorrente dos valores da multa diária.

No entanto, ousamos divergir do douto doutrinador quanto a este aspecto. Parece-nos que, como visto no subitem 1.2.8, a multa diária ou “astreintes” tem cunho coercitivo e não reparatório. Logo, tal multa não se presta a acrescer nem a indenização pelo dano indivisível e muito menos a acrescer a indenização pelos danos individuais. Não visualizamos a hipótese de a multa diária constituir-se em um bem divisível, posto que sequer tem cunho resarcitório.

vítimas. Ou seja, não há um nexo de causalidade entre o prejuízo individual da vítima e o fundo de reparação. O fato de o fundo de reparação receber valores decorrentes de condenações judiciais em pecúnia do causador do dano, mesmo que decorrentes do mesmo evento que provocou o prejuízo ao ofendido, não tem o condão de estabelecer tal nexo de causalidade. Não se estabelece uma responsabilidade subsidiária por este fato. Logo, cabe à vítima pleitear o resarcimento de seus prejuízos junto ao poluidor ou causador do dano, posto que é deste a responsabilidade civil de indenizá-la¹¹⁸.

No entanto, o legislador previu que as indenizações pelos prejuízos individuais terão preferência no pagamento. Assim, de acordo com o artigo 99 e seu parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor¹¹⁹, os valores a serem revertidos ao fundo de reparação ficarão suspensos enquanto estiverem pendentes de decisões de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais. Portanto, deve-se aguardar o resultado das ações de indenização individuais, permitindo-se primeiramente o resarcimento das vítimas, para, somente após, serem transferidos os recursos em pecúnia ao fundo de reparação. Contudo, uma vez transferidos tais recursos aos citados fundos, decorrentes da condenação em pecúnia pelo dano a bem difuso ou coletivo, não poderá mais a vítima voltar-se contra tal fundo para obter o resarcimento pelos prejuízos individuais. No entanto, voltamos a frisar: não há nexo de causalidade entre o prejuízo da vítima e o fato de ao fundo de reparação ter sido revertida a quantia condenatória em pecúnia em virtude da lesão a bem difuso ou coletivo. Ou seja, a vítima deverá acionar o responsável pelos seus prejuízos (causadores do dano) e não o Estado (responsável pelo fundo). A vítima somente poderia acionar o Estado caso houvesse transferência irregular de valores, destinados à indenização pessoal, para o citado fundo de reparação, como no caso de desrespeito da norma do artigo 99 do CDC.

Há que se mencionar, ainda, que no caso de interesses individuais homogêneos é aplicável a regra do artigo 100 e seu parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, tais vítimas deverão habilitar-se para a execução no prazo legal, pleiteando a sua cota. Mas não havendo habilitações suficientes, como já visto, os valores deverão reverter a um dos

¹¹⁸ Marcos Destefenni, citando Marcelo Abelha Rodrigues, posiciona-se no sentido de que a responsabilidade objetiva do causador do dano também se aplica a “terceiros que tenham seus interesses particulares lesados por agressão ao meio ambiente.” (DESTEFENNI, 2005, p. 150).

¹¹⁹ Esta norma é repetida no artigo 8º. do Decreto nº. 1.306/94.

fundos de reparação do artigo 13 da LACP. Neste caso, as vítimas individuais não poderão voltar-se contra tais fundos, posto que o direito não socorre aqueles que dormem.

Assim, afirma Hugo Nigro Mazzilli:

“Na ação civil pública ou coletiva que verse a tutela de ‘interesses individuais homogêneos’, seu objeto não consistirá em receber o cúmulo das indenizações individuais variáveis e diferenciadas, e sim uma indenização global pelo dano causado, naquilo que tenha de uniforme para todos os lesados (no caso da soma de interesses individuais homogêneo, que são divisíveis).” (MAZZILLI, 2002, p. 401).

Em seguida, o mesmo autor conclui:

“... Assim, em matéria de danos a interesses individuais homogêneos, a execução poderá ser coletiva, mas decorrido um ano sem que se habilitem interessados em número compatível com a gravidade do dano, os co-legitimados para a ação coletiva poderão promover a execução, revertendo o produto da indenização ao fundo.”(obra referida, p. 401).

Até aqui, nada de novo foi acrescido ao que foi visto no subitem 3.8 retro.

A grande questão que o doutrinador Hugo Nigro Mazzilli coloca é se os prazos de habilitação de um ano (artigo 100, “caput”, do CDC) e de dois anos (artigo 2º., §2º., da Lei nº. 7.913/89) são decadenciais ou não. Na hipótese do artigo 2º., §2º., da Lei nº. 7.913/89, a lei é expressa no sentido de que se trata de um prazo decadencial. Embora não seja claro, o citado autor deixa antever que neste caso, o prejudicado individual não poderá mover qualquer ação em face do causador do dano, o que nos parece correto.

Porém, no que tange ao prazo do artigo 100, “caput”, do CDC, aplicável aos demais interesses individuais homogêneos, ainda segundo Hugo Nigro Mazzilli tal prazo não é decadencial, podendo a vítima que não se habilitar no prazo de um ano discutir seus prejuízos por meio de ação direta individual. Então, ele conclui:

“Contra quem esses lesados individuais ajuizarão ações diretas? Moverão ação contra o causador do dano, se objetivarem indenização por lesões individuais diferenciadas (até porque este tipo de lesão não é objeto das ações civis públicas ou coletivas). Mas, quanto à fração que lhes caiba na indenização por interesses individuais homogêneos, não poderão posteriormente formular pedido algum contra o causador do dano, que já foi executado e pagou tudo o que devia na ação coletiva; assim, poderão ajuizar ação contra a pessoa jurídica a que pertença o ente gestor do fundo, o qual recebeu um dinheiro que era do indivíduo. Poderão fazê-

lo enquanto não se consumar a decadência ou prescrição, de acordo com as regras específicas atinentes ao direito lesado.” (MAZZILLI, 2002, p. 403).

Em primeiro lugar, é preciso ressaltar, que Hugo Nigro Mazzilli, de maneira correta diferencia o interesse individual homogêneo do que ele denomina de danos individualmente diferenciados, que são os danos individuais decorrentes de prejuízos diferenciados para cada lesado. Assim, na área do consumidor, se o fabricante introduz no mercado veículos com defeito, cada lesado poderá obter a indenização pelos danos diretos e comuns, como, por exemplo, o custo da peça e sua substituição. Porém, os outros prejuízos individuais diferenciados (lucros cessantes e danos emergentes) somente podem ser discutidos em ação indenizatória própria e não na ação civil pública dos interesses individuais homogêneos. Assim, se o consumidor perdeu um dedo em virtude da peça defeituosa do carro, deverá propor ação de indenização pelos danos materiais e morais sofridos, discutindo tal questão no âmbito de ação civil individual e própria, e não no bojo da ação civil pública. Isso ocorre porque a ação civil pública tem por fim a indenização pelo dano causado e não a indenização pelo prejuízo sofrido pelas vítimas. Neste sentido, cabe aqui repetir a lição de Paulo Eduardo Alves da Silva:

“Nos casos do artigo 100 do CDC o critério de quantificação da indenização não é o dos prejuízos sofridos, como seria comum em qualquer ação de responsabilidade, mas o dos danos globalmente causados. O réu é condenado ao pagamento de quantia correspondente ao volume total da lesão, à somatória das indenizações de todas as vítimas. A sentença condenatória é genérica e será liquidada individualmente, nos termos dos artigos 97 e ss. do CDC.” (COSTA, 2006, p. 497).

Portanto, Hugo Nigro Mazzilli, por vias transversas, chega a mesma conclusão a que chegamos ao início deste tópico: jamais é possível àquele que sofre prejuízos individuais pleitear junto a um dos fundos de reparação do artigo 13 da LACP uma eventual indenização que possa ter direito em face do causador do dano, por se tratar de direito próprio e divisível.

Porém, no que tange ao interesse individual homogêneo, o mesmo autor chega a uma conclusão diversa. Alega que, não obstante ser um interesse divisível e, mesmo tendo decorrido o prazo de habilitação da execução, poderá o prejudicado intentar ação direta em face do ente estatal a que pertença o conselho gestor do fundo de reparação. No entanto, parece-nos equivocada tal afirmação.

Isso porque, como já visto, os fundos de reparação não se prestam à indenização de interesses divisíveis, como é o caso do interesse individual homogêneo. Ademais, os titulares dos interesses individuais homogêneos deverão, após a publicação de editais (à qual deverá ser dada a mais ampla publicidade possível), habilitar-se na execução para receber o que lhes é devido pelo causador do dano. Assim, somente no caso de inércia dos titulares dos interesses individuais homogêneos (resíduo não reclamado), de ausência de habilitações em número suficientes ou de o dano ser insignificante individualmente, é que o valor da condenação em pecúnia deverá ser revertido ao fundo de reparação. Logo, como é cediço, o direito não deve socorrer aqueles que dormem. Portanto, seria um contrassenso permitir que o titular de um interesse individual homogêneo possa voltar-se contra o Estado ou a União para cobrar um valor ao qual foi convocado para receber e não o fez. Isso, sem falar que, como dito, não há nenhuma relação causal entre o recebimento do valor residual pelo fundo, o que se dá após o prazo legal de habilitação dos prejudicados, e o dano sofrido pela vítima. Além do mais, como já referido, a ação civil pública para a tutela dos interesses individuais homogêneos tem por fim apenas a reparação do dano globalmente causado.

Ademais, não é demais frisar que, nesta hipótese do artigo 100 do CDC, os titulares dos interesses individuais homogêneos não mais fazem jus ao recebimento do valor referente à ação civil pública indenizatória. Assim, tais titulares não podem mais voltar-se contra o causador do dano, posto que este já pagou o valor correspondente ao valor global dos danos¹²⁰. Tampouco podem eles voltar-se em face do fundo de reparação, posto que este apenas recebeu a quantia em decorrência da falta ou da desnecessidade de habilitação. Isto porque a culpa pela falta de habilitação na liquidação e na execução, no prazo legal, somente pode ser atribuída ao titular do interesse individual homogêneo e não ao fundo que recebeu o dinheiro.

Assim, ideal seria, que se estendesse o prazo de dois anos do artigo 2º., §2º., da Lei nº. 7.913/89 para a habilitação na liquidação e na execução para os demais interesses

¹²⁰ No mesmo sentido posicionam-se Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade:

“Tal prazo é decadencial. Em outras palavras: uma vez transcorrido, a vítima não poderá executar seu crédito individual. De outro modo, o credor poderia ser obrigado a pagar mais do que o valor do dano por ele gerado.” (ANDRADE, MASSON e ANDRADE, 2011, p. 230). Referidos autores citam a favor do alegado Teori Albino Zavascki, na obra Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 4ª. ed., Ed. RT, São Paulo, 2009, p. 188. **Contra:** Ada Pellegrini Grinover entende que “*O prazo de preclusão não pode ser inferior ao legalmente previsto para a prescrição do direito, ou da pretensão material. Por isso, o prazo de um ano, previsto no art. 100 do Código para que se possa proceder à eventual apuração da ‘fluid recovery’ (v. comentário nº. 1 ao art. 100), não pode ser confundido com o prazo preclusivo para a habilitação.*” (GRINOVER, 1998, p.690-1).

individuais homogêneos, alterando-se a norma do artigo 100, “caput”, do CDC, posto que não há motivos para tal diferenciação. Ou, ainda, tal mudança legislativa poderia até mesmo estender tal prazo, igualando-o àquele previsto para a prescrição da pretensão material, como propugnado por Ada Pellegrini Grinover, para somente após tal valor ser revertido a um dos fundos de reparação.

Também seria necessária uma postura mais cuidadosa por parte dos magistrados e demais operadores do Direito quanto à publicidade dos editais de convocação dos lesados, devendo-se dar a mais ampla publicidade possível, inclusive pelos meios de comunicação em massa, cujos custos deveriam ser arcados pelo causador do dano. Para isso, o autor deverá ter o cuidado de constar tal hipótese como um pedido subsidiário, a fim de que o juiz acolha tal pedido na sentença condenatória.

Por fim, o magistrado responsável pela condução do processo deveria adotar uma postura mais próxima possível da “fluid recovery” do direito norte-americano nas ações civis públicas decorrentes de interesses individuais homogêneos. Assim, em primeiro lugar, deveria ser adotada, como em todo interesse metaindividual, a reparação “in natura” do dano causado, por meio da determinação de obrigações específicas. Assim, por exemplo, no caso de veículos defeituosos, o fabricante deveria ser condenado à obrigação de fazer consistente em convocar todos os proprietários de tais veículos (“recall”), em meios de comunicação em massa, para o conserto dos automóveis. Não sendo possível a reparação “in natura”, como, por exemplo, a divulgação de propaganda enganosa, deverá o magistrado adotar, além da indenização, medidas específicas para minimizar os danos, como a determinação de contrapropaganda ou de retratação junto aos consumidores em meios de comunicação de massa e as expensas do causador do dano. Somente no caso de não ser possível adotar nenhuma medida específica e direta em benefício dos titulares dos interesses individuais homogêneos e não havendo habilidades suficientes, pelos motivos explicitados no artigo 100 do CDC, é que se deverá reverter a quantia para o fundo de reparação. Ou seja, os valores pecuniários decorrentes da ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos, assim como ocorre com os demais interesses metaindividuais, somente em último caso deverão ser revertidos a um dos fundos de reparação do artigo 13 da LACP. A preferência é que os lesados individuais sejam resarcidos diretamente ou que, ao menos, sejam beneficiados, ainda que indiretamente (como no caso de contrapropaganda ou retirada de um produto do nocivo do mercado). A nossa legislação não veda esta conduta mais ousada do juiz, devendo ser adotada uma conduta análoga ao direito norte-americano. O que não

é possível ao magistrado é desvirtuar a finalidade do resíduo não reclamado, deixando de encaminhá-lo ao fundo de reparação para determinar que tal quantia seja encaminhada a uma instituição de caridade, por exemplo.¹²¹ No entanto, antes de determinar que tal quantia seja revertida ao fundo de reparação, nada impede que o magistrado adote todas as medidas específicas para, pelo menos, minimizar os prejuízos dos titulares do interesse individual homogêneo.

Não é demais também frisar que, como a condenação na ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos tem por fim o ressarcimento apenas do dano globalmente considerado, as vítimas poderão voltar-se contra o causador do dano para pleitear indenização pelos prejuízos sofridos, por meio de ação individual própria. Ora, isso é evidente. Como os prejuízos das vítimas não fazem parte do objeto da ação de tutela coletiva (interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos), subsiste o direito delas de discutir, por meio de ação individual própria, os prejuízos provocados pelo causador do dano. Não há que se falar em “bis in idem”, posto que os fundamentos e os fatos são diversos e a obrigação de indenizar deverá ser a mais ampla possível.

Portanto, concluímos este tópico afirmando que a maneira de compatibilizar os interesses em jogo (difusos e coletivos x individuais) foi encontrada pelo legislador por meio da preferência atribuída às indenizações individuais, inclusive as decorrentes de interesses individuais homogêneos. Os danos globalmente considerados são indenizados, quando não cabível qualquer outra medida específica para recomposição do dano nas ações coletivas. Já os prejuízos individualmente considerados, devem sempre ser pleiteados em ação própria pela vítima. Em qualquer caso, o particular jamais poderá voltar-se contra um dos fundos de reparação do artigo 13 da LACP para poder se ressarcir de danos ou prejuízos individuais.

Logo, em relação aos danos difusos e coletivos, por serem indivisíveis, só é possível pleitear o ressarcimento pelos danos globais. Em se tratando de danos a interesse individual homogêneo, poderá a vítima habilitar-se na liquidação ou execução da ação coletiva, para receber a sua quota-parte (por se tratar de interesse divisível); em não o fazendo no prazo legal, por qualquer motivo, não poderá mais pleitear tal valor, seja em face do causador do dano, seja em face do fundo de reparação beneficiado. Contudo, no que tange aos prejuízos individuais,

¹²¹ Na “fluid recovery” a reparação do dano deverá destinar-se em primeiro lugar ao dano específico e, posteriormente, a fins relacionados com o interesse lesado ou com ele conexos.

deverá o lesado, em qualquer caso, voltar-se sempre contra o causador do dano, por meio de ação própria, não havendo que se falar em “bis in idem”.

Não obstante tais colocações, é importante frisar que o Anteprojeto da Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 40, prevê a constituição de um Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos. Assim, os valores decorrentes de condenações em pecúnia advindos de ações para a defesa de interesses individuais homogêneos também constituiriam receitas diretas de tal fundo. De igual forma, o citado fundo também poderia reparar, por meio de seus recursos, lesões a interesses individuais homogêneos. Tal norma, se aprovada, alteraria o regime atual dos fundos, no que tange aos interesses individuais homogêneos, como visto.

Além disso, o citado anteprojeto de lei prevê, em seu artigo 39, §§2º.e 3º., a possibilidade de o lesado individual, em se tratando de interesse individual homogêneo, pleitear sua indenização diretamente junto ao fundo de reparação, limitado o valor total das indenizações ao valor que lhe foi recolhido e vinculado à ação originária.¹²²

No entanto, nos posicionamos contra esta mudança proposta por tal anteprojeto de lei. Invocamos argumentos de ordem teórica e prática. Primeiro, o citado anteprojeto parece não fazer a devida diferenciação entre bens e interesses divisíveis e indivisíveis. Como visto, no atual sistema jurídico há uma lógica para a indenização de danos metaindividuais: danos indivisíveis devem ter seus valores recolhidos aos fundos de reparação; danos divisíveis devem ser resarcidos aos lesados diretamente, ressalvada a aplicação do artigo 100 do CDC. Ora, a norma do artigo 100 do CDC é avançada, permitindo ao juiz a adoção de providências similares à da “fluid recovery” norte-americana. Trata-se de um instrumento absolutamente eficaz, se bem aplicado. O que está ocorrendo, na prática, é que os julgadores não estão aplicando corretamente

¹²² Diz o texto do artigo 39 do citado anteprojeto:

“§2º. Enquanto não se consumar a prescrição da pretensão individual, fica assegurado o direito de exigir o pagamento pelo Fundo, limitado o total das indenizações ao valor que lhe foi recolhido e vinculado à ação originária.

§3º. No caso do parágrafo 2º., o juiz da execução poderá autorizar a habilitação dos créditos dos prejudicados diretamente junto ao Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, provando o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

§4º. No caso de concurso de créditos decorrentes de ações em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

§5º. Para efeito do disposto no parágrafo 4º., a destinação da importância recolhida ao Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos ficará sustada enquanto pendentes de decisão final as liquidações individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade dos prejuízos causados às vítimas.”

tal instituto. Então, com o anteprojeto de lei ora visto, quer-se transferir ao fundo de reparação uma responsabilidade que seria do próprio magistrado que preside o processo judicial. Ora, em que pese vozes em contrário, isto não implica em efetividade. Pior, quebra-se a lógica do sistema, ao permitir que um fundo que deveria ser voltado exclusivamente para a reparação de interesses indivisíveis tenha que se preocupar com indenizações a danos individuais. Assim, as indenizações decorrentes de resíduo não reclamado (decorrente de interesse individual homogêneo) não constituiriam receitas efetivas do fundo, posto que a qualquer tempo, até a prescrição do crédito, o lesado individual poderia pleitear tal quantia. Portanto, somente após o prazo prescricional das ações individuais (posto que não haveria mais o prazo decadencial do artigo 100 do CDC) é que tal valor poderia figurar no orçamento do fundo de reparação, para ser efetivamente utilizado, tornando inócuas sua aplicação.

Em termos práticos, como visto no subitem 4.3, as indenizações decorrentes do artigo 100 do CDC não revertem em receita para o FDD nos anos de 2006, 2008 e 2009. Em 2007, tais receitas representaram 0,05% do total arrecadado. Até agosto de 2010, houve a arrecadação de apenas R\$ 300,00, o que significa cerca de 0,003% do total arrecadado. Ora, a norma do artigo 39, § 2º., do mencionado anteprojeto de lei prevê que a indenização individual está limitada ao valor total arrecadado pelo fundo em virtude do resíduo não reclamado. Portanto, este é um motivo a mais para se acreditar que será mais um instrumento ineficaz. Logo, em termos de efetividade, a mudança legislativa em nada significará.

Ressalvamos uma vez mais: é preciso mudar a mentalidade dos aplicadores do direito, porque os instrumentos atualmente em vigor são bons, desde que sejam devidamente utilizados.

5 – PROPOSTAS PARA O APRIMORAMENTO DOS FUNDOS DE REPARAÇÃO COM VISTAS À SUA EFETIVIDADE

Neste tópico, faremos algumas colocações com o fim de auxiliar no aprimoramento dos fundos de reparação previstos no artigo 13 da Lei nº. 7.347/85. Nossas sugestões têm por fim possibilitar uma melhor efetividade em relação aos citados fundos e ao sistema jurídico do qual eles fazem parte.

1ª. Sugestão

Iniciamos mencionando que, conforme visto, o primeiro passo para tornar efetivos tais fundos de reparação deverá ser dado pelos aplicadores do Direito, no curso da ação civil pública ou da ação popular que tenha por fim a defesa de interesses difusos e coletivos. Já no início de tais ações judiciais, deverão ser buscadas medidas (ação cautelar ou antecipação dos efeitos da sentença) com a finalidade de impedir a ocorrência do dano ou, pelo menos, impedir que o causador continue provocando o dano. Essa é a maneira ideal de atuação dos aplicadores do Direito. Contudo, sabemos que a realidade é bem distante do ideal. De qualquer forma, o autor da ação civil pública ou ação popular e o magistrado deverão ter a consciência de que esta é a forma de atuação ideal, devendo buscá-la no curso do processo.

Além disso, uma vez ocorrido o dano a bens e interesses difusos e coletivos, os aplicadores do Direito, no curso da ação civil pública ou da ação popular, também deverão se atentar que se deverá buscar sempre, de forma prioritária, a recomposição em espécie do bem ou interesse lesado. Assim, sendo o dano reparável, o causador do dano deverá ser condenado às obrigações de fazer, de não fazer e de dar, previstas nos artigos 461 a 462 e 621 a 645 do Código de Processo Civil. No curso do cumprimento da sentença ou da execução, as obrigações de fazer, não fazer e de entregar somente poderão ser convertidas em perdas e danos “*se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.*” (artigo 461, §1º, do CPC). No mesmo sentido são as normas dos artigos 627 e 633 do CPC. Logo, somente no último caso, o autor poderá requerer a conversão da obrigação específica em perdas e danos; ou seja, somente quando a tutela específica mostrar-se impossível

de ser realizada materialmente. Igualmente, o juiz somente poderá determinar tal conversão na mesma hipótese.

O mesmo deve ser dito em relação ao termo de ajustamento de conduta eventualmente celebrado entre as partes, quer na fase processual, quer na fase pré-processual. Assim, o termo de ajustamento também deverá priorizar a recuperação do dano em espécie, sempre que ele se mostrar possível.

Ainda que a recuperação específica do dano se mostre impossível, deverão as partes atentar-se para a hipótese de serem adotadas medidas compensatórias, visando a minimização dos danos provocados. Para tanto, os operadores do Direito deverão socorrer-se das chamadas medidas de apoio previstas no artigo 461, §§3º. a 6º., do CPC, podendo também serem determinadas as providências dos artigos 634 a 637 do CPC¹²³. Além disso, nada impede, aliás, tudo recomenda, que na sentença o juiz adote medidas que efetivamente permitam a obtenção do resultado prático do processo. Para isso, o juiz poderá condenar o causador do dano a obrigações de fazer, não fazer e de entrega acessórias e paliativas, com a finalidade de impedir a propagação do dano ou de minimizar os efeitos maléficos de tal dano. Além disso, também deverão as partes observarem a possibilidade de compensação por equivalente, de forma criteriosa, desde que ela se mostre mais efetiva do que a mera condenação em pecúnia, possibilitando, assim, um resultado prático melhor e mais adequado ao caso concreto.

Somente no caso de ser impossível a tutela específica (recomposição “in natura”) e também ser incabível qualquer medida compensatória é que se deverá condenar o causador do dano à obrigação de indenizar.

Portanto, o autor e o juiz deverão buscar no curso da ação civil pública ou da ação popular para a tutela de interesses metaindividuais todas as formas possíveis e imagináveis para recompor o dano, de forma específica ou “in natura”, permitindo-se que se volte ao estado anterior. Isso implica em uma atitude mais aguerrida do juiz e do autor, devendo haver uma

¹²³ Cabe aqui menção à lição de Nelson e Rosa Nery:

“Na impossibilidade ‘material’ de ser cumprida a obrigação na forma específica, o juiz deverá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação. Dizemos impossibilidade ‘material’ porque não pode o devedor esquivar-se do cumprimento da obrigação na forma específica. Sendo concedida a liminar de antecipação da tutela de mérito (CPC 461 §3º.) ou condenado à tutela específica, o réu deverá cumprir a decisão sob pena de pagamento de multa diária (‘astreintes’), que deve ser fixada em valor elevado, ‘ex officio’ ou a requerimento da parte (CPC 461§4º.). A fixação em valor elevado ocorre justamente porque a multa tem a finalidade de compelir o devedor a cumprir a obrigação na forma específica e inibi-lo de negar-se a cumpri-la. Essa multa não é pena, mas providência inibitória. Daí porque pode e deve ser fixada em valor elevado.” (NERY JÚNIOR e NERY, 2008, p. 672).

mudança de mentalidade. Esta mesma postura aguerrida também deve ser buscada pelo Ministério Público e demais órgãos públicos quando celebrarem o termo de ajustamento de conduta. Não sendo possível tal restauração ao estado anterior, as partes deverão procurar, por meio de medidas compensatórias minimizar os efeitos deletérios de tal dano ou compensá-lo por equivalência. Somente no caso de o dano ser materialmente irreparável e não for cabível nenhuma outra medida compensatória, ainda que paliativa, é que se deverá optar pela condenação exclusivamente em pecúnia. No entanto, não é demais observar que nada impede a conjugação de tais medidas, podendo o juiz condenar o réu (na ação), bem como o Ministério Público e os órgãos públicos obrigar o compromitente (no termo de ajustamento de conduta), a recompor o dano material, por meio de tutela específica, e, ao mesmo tempo, obrigá-lo a indenizar em virtude dos danos morais coletivos (dano imaterial); igualmente poderão ainda obrigar o causador dos danos a adotar a medidas compensatórias e, ao mesmo tempo, exigir dele a obrigação de indenizar os danos impossíveis de serem recompostos especificadamente, assim como os danos morais; igualmente poderão ser cumuladas as obrigações de indenizar os danos materiais e morais.¹²⁴

Assim, dentro desta sistemática, é notório que a norma do artigo 12, §2º., da Lei nº. 7.347/85 está absolutamente destoante do nosso ordenamento jurídico. A exigência legal de cobrança da multa diária somente após o trânsito em julgado da sentença tem permitido graves distorções, conforme apontado no subitem 1.2.8. Desta forma, a fim de se permitir uma maior efetividade na reparação (em sentido amplo) dos danos metaindividuais, é imprescindível a alteração legislativa da citada norma. Neste aspecto, parece-nos que bem andou o Anteprojeto de Lei da Ação Civil Pública, na redação original de seu artigo 18, §3º.¹²⁵ Portanto, a permissão

¹²⁴ Esta mesma sistemática foi adotada pelas regras dos artigos 24 e 25 da redação original do Anteprojeto de Nova Lei da Ação Civil Pública.

¹²⁵ Eis o texto original:

"Art. 18. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, bem como nas hipóteses de abuso de direito de defesa ou da existência de parte incontrovertida da demanda, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia.

§1º. Independentemente de pedido do autor, o juiz poderá, no momento da tutela liminar ou da sentença, impor ao réu multa, suficiente e compatível com a tutela, observada a capacidade econômica do demandado, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§2º. Alternativa ou cumulativamente com a multa prevista no parágrafo anterior, o juiz poderá determinar a aplicação de medidas subrogatórias ou de indução suficientes ou necessárias para impor o cumprimento da prestação, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, intervenção em pessoas jurídicas, requisição de força policial e prisão civil na hipótese de descumprimento de dever alimentar.

legislativa para a execução imediata da multa diária é medida que também se impõe, a fim de dar maior efetividade à tutela dos bens e interesses metaindividuais. Tal medida visa a garantir o princípio constitucional da prevenção e da precaução.

2ª. Sugestão

Entendemos que em nosso sistema jurídico falta um fundo nos moldes do “Superfund” norte-americano. Como visto, tal fundo ianque tem personalidade jurídica própria e capacidade para adotar as providências necessárias nos casos de urgência, voltando-se, após, em face do causador do dano. Para esses casos em que é necessária uma tutela urgente, de caráter preventivo ou para conter a proliferação do dano, e para os casos em que não foi possível apurar de plano quem foi o causador do dano, tal fundo teria uma grande eficácia. Além disso, este fundo deveria também ter como receita o repasse de cobrança de tributos específicos em virtude do risco da atividade (“ecotributos”)¹²⁶. No nosso sistema jurídico, como visto, os fundos de reparação não têm possibilidade de agir desta forma, posto que servem apenas como repositórios para a indenização de danos irreparáveis (a finalidade destes fundos é diversa da ora proposta, embora também possam adotar medidas preventivas). As atribuições similares ao do “Superfund”, então, poderiam ser atribuídas a algum fundo específico já existente, como, por exemplo, o Fundo Nacional do Meio Ambiente¹²⁷.

§3º. A multa cominada liminarmente será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento e poderá ser exigida de forma imediata, em autos apartados, por meio de execução definitiva.”

¹²⁶ Há que se lembrar que tal cobrança de tributos ainda é insuficiente e pouco adotada em nosso ordenamento jurídico. Basta verificar que apenas uma pequena parte dos royalties do petróleo e gás natural é repassada a um fundo, ainda inexistente, e outra pequena parte ao Ministério da Ciência e Tecnologia, conforme artigos 48 e 49 da Lei nº. 9.478/1997. O restante é distribuído entre a União, Estados e Municípios. Igualmente, no caso de pagamento de participação especial, artigo 50 da citada lei, apenas 10% deste valor é encaminhado ao Ministério do Meio Ambiente, para utilização em atividades ligadas à preservação do meio ambiente. Há que se frisar que o mencionado artigo 50, em seu parágrafo 4º., prevê a criação de um fundo para desenvolvimento social. Como se vê, a prioridade de cobrança de tais valores é o desenvolvimento econômico e social dos entes públicos envolvidos, o que não deixa de ser louvável. Porém, as empresas exploradoras desta atividade poluidora também deveriam ser obrigadas a pagar um percentual considerável deste valor para um fundo destinado a defesa do meio ambiente; ou então, que fosse instituído um tributo específico para esse fim, tendo em vista o risco da atividade.

¹²⁷ Atualmente, é evidente que o FNMA não possui personalidade jurídica própria. Contudo, poderia ser promovida uma mudança legislativa para que a União, órgão a que pertence tal fundo, por meio de seu órgão próprio (departamento jurídico) pudesse voltar-se em face do causador do dano para a cobrança dos valores despendidos pelo citado fundo para a recuperação do bem lesado. A nossa sugestão para uma adaptação e ampliação das funções do FNMA e outros fundos específicos, se dá para se aproveitar as estruturas já existentes, para que não seja criado um novo fundo, o que implicaria em novos gastos. Tal adaptação pode ser feita facilmente, por meio de uma mudança legislativa.

Portanto, o nosso sistema jurídico carece de um fundo apto à adoção de medidas administrativas de urgência, independentemente de ordem judicial, e para os casos em que o causador do dano não é identificado, ainda que inicialmente. Este fundo teria a liberdade de atuação própria, de forma administrativa, independentemente de qualquer termo de ajustamento, ação civil pública ou ação popular, possibilitando melhor agilidade e efetividade na preservação dos interesses metaindividuais.

3^a. Sugestão

Entendemos que a norma do artigo 7º. do Decreto Estadual nº. 27.070/87, que determina que o conselho gestor deverá informar ao juízo do processo onde houve a condenação quanto à aplicação dos recursos, deve ser conjugada com a norma do artigo 11 do Decreto Federal nº. 1.306/94, que determina que o conselho gestor do fundo deverá ser informado da propositura e do trânsito em julgado de tais ações civis públicas e ações populares. Embora haja críticas quanto à redação e utilidade de tais normas, entendemos que a informação entre o conselho gestor e o Poder Judiciário deve ser uma via de mão dupla. Embora não haja vinculação de receitas, nada mais salutar que o conselho gestor do fundo de reparação comunique os juízos das condenações de que forma foi utilizado o valor da condenação que gerou a receita do fundo. Evidentemente, uma vez que o valor da condenação passa a constituir receita do citado fundo, não é possível estabelecer de forma especificada o montante em que cada valor da condenação foi gasto. A receita é genérica, constituindo-se da soma de todas as condenações judiciais em pecúnia. Porém, sabendo da origem de tais receitas, o conselho gestor poderá informar que naquele ano, com todo o valor arrecadado no orçamento, foi apoiado um número determinado de projetos, especificando-os. Esta informação deverá ser passada a todos os juízos que contribuíram, por meio de condenações em pecúnia em qualquer quantia, para a tal receita. Seria apenas uma forma de prestação de contas, de forma genérica, a fim de demonstrar que o dinheiro revertido ao fundo está sendo efetivamente utilizado. Nesse sentido, a mera cópia do relatório anual poderia ser encaminhada a tais juízos responsáveis pelo encaminhamento de valores pecuniários em virtude de condenação naquele ano. Evidentemente, tal fato não teria um efeito prático considerável, mas sem dúvida teria um efeito pedagógico, visando a tornar mais transparente a gestão do fundo.

Por outro lado, é igualmente salutar que o Poder Judiciário comunique ao fundo de reparação interessado sobre a propositura de ações civis públicas e ações populares, até mesmo para uma constituição de dados para controle interno do citado fundo. Além disso, mostra-se imprescindível que os fundos de reparação sejam efetivamente informados sobre todas as decisões transitadas em julgado em que haja condenação em pecúnia envolvendo interesse metaindividual¹²⁸. O conhecimento de tal informação é imprescindível para que o conselho gestor possa acompanhar e adotar providências para que tais quantias sejam efetivamente revertidas ao fundo, evitando-se desvios de finalidades ou encaminhamentos indevidos a outros órgãos.

Assim, as referidas normas deveriam coexistir, aplicando-se a todos os fundos de reparação previstos no artigo 13 da LACP. No caso do FDD e do FID, a mudança pode ser determinada por meio de alteração dos decretos acima citados, com a previsão de norma idêntica a do artigo 7º. do decreto estadual para o FDD e com a previsão de norma similar ao artigo 11 do decreto federal para o FID, com o acréscimo de que tal informação deverá ser feita em relação a todas as ações judiciais envolvendo interesse metaindividual.

4ª. Sugestão

No que tange ainda ao FID, é preciso alterar-se a norma do artigo 5º. da Lei Estadual nº. 13.555/09 e artigo 2º, parágrafo único, do Regimento Interno, para se permitir que os conselheiros exerçam um mandato, nos moldes do conselho gestor do fundo federal. Assim, os representantes do CFDD são designados pelo prazo de dois anos, sendo permitida uma recondução, salvo no caso do representante do Ministério da Justiça (presidente do órgão), que poderá ser reconduzido mais de uma vez (artigo 4º., parágrafo único, do Decreto Federal nº. 1.306/94). Tais conselheiros são indicados pelos titulares das pastas dos ministérios envolvidos e demais representantes, mas agem em nome próprio, na condição de conselheiro efetivo. Diferentemente, na lei paulista, o conselheiro é o titular da pasta da secretaria de estado, podendo ele nomear terceiros para agir em seu nome (“longa manus”).

¹²⁸ Melhor seria, se os fundos de reparação fossem informados antes do trânsito em julgado da decisão, para que pudessem adotar as providências dentro do mesmo processo. Neste caso seria necessária a interposição de recursos pelo citado fundo dentro do mesmo processo, como os embargos de declaração, por exemplo. Isto teria um efeito prático considerável nos casos em que o valor fixado na decisão tivesse sido determinado a um ente estranho ao fundo. Mas, para isso, é necessária uma alteração legislativa. Neste aspecto, parece-nos salutar a norma do artigo 25, §3º., do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, conforme mencionado no subitem 4.1, retro deste trabalho.

Além disso, há que se ressaltar que os fundos de reparação do artigo 13 da LACP deverão pautar seus atos no princípio constitucional da publicidade, o que vem ocorrendo em relação ao FDD, mas que ainda é insípido no que tange ao FID.

No caso do FID paulista deverá haver maior transparência na divulgação do relatório de gestão anual, bem como em relação à discriminação da origem das receitas. A maior transparência possível na gestão dos fundos é também uma forma de dar efetividade à utilização de seus recursos, de acordo com o princípio constitucional da eficiência.

5ª. Sugestão

Parece-nos salutar, para a defesa dos interesses dos fundos do artigo 13 da LACP em juízo, que tais órgãos públicos tenham um corpo jurídico próprio. Como os citados fundos integram a estrutura administrativa de um ministério (no caso do fundo federal) ou de uma secretaria de estado (no caso do fundo estadual), nada mais justo que tais órgãos públicos destinem pessoas de seu corpo jurídico para atuarem exclusivamente junto ao fundo. Isso porque, na prática, temos notado que receitas que deveriam ser destinadas aos citados fundos estão sendo encaminhadas a outros entes, sem que tais fundos pudessem reivindicar tais quantias. Isto porque, como já visto, tais fundos não têm personalidade jurídica própria, o que, sem dúvida, dificulta uma atuação judicial para a defesa de seus interesses, tendo em vista a burocratização de nossa estrutura administrativa pública. Além disso, uma orientação jurídica também pode ser muito salutar em relação à gestão do fundo, como a orientação em aprovação de projetos e celebração de contratos, convênios e parcerias, evitando-se, assim, a prática de atos nulos ou ilegais.

6ª. Sugestão

A apresentação de projetos junto ao conselho gestor do fundo de reparação deve ser permitida a qualquer cidadão e não só às pessoas legitimadas para a propositura da ação civil pública. A desburocratização e a democratização da apresentação de projetos é, indubitavelmente, uma forma de dar maior efetividade à aplicação das receitas do citado fundo. Além do mais, caberá ao conselho gestor do fundo verificar a viabilidade de tais projetos, aprovando-os ou rejeitando-os, de acordo com critérios próprios. Neste aspecto, há necessidade de alteração legislativa para se permitir a apresentação de projetos junto aos fundos de reparação por qualquer cidadão.

Além disso, o conselho gestor dos citados fundos de reparação deverá permitir a utilização de recursos do fundo independentemente da apresentação de projetos por terceiros interessados. Assim, por meio de comissões especiais, os próprios conselheiros poderão elaborar projetos ou permitir que sejam firmados diretamente convênios, contratos ou termo de parcerias para a utilização dos recursos do fundo. Neste sentido é o artigo 6º., inciso III, da Lei Estadual nº. 13.555/09 e artigo 3º., incisos I e II, da Lei nº. 9.008/95, onde se permite tal atuação.

Por derradeiro, deverá haver uma ampliação na aplicação dos recursos dos fundos de reparação, evitando-se o contingenciamento excessivo. É preciso que, se não toda a receita disponível, pelo menos uma boa parte dela seja efetivamente utilizada para os fins dos fundos. Não é possível fixar uma margem de aplicação dos recursos (50% ou 80% do total do orçamento, por exemplo), porque tal fato depende de uma série de variáveis a cada ano. Mas, é inaceitável que, a cada ano, no máximo 20% (vinte por cento) de todos os recursos arrecadados pelo FDD sejam efetivamente utilizados. A desburocratização dos projetos é algo que poderá auxiliar na melhor aplicação de tais recursos. O restante será alcançado com boa vontade e mudança de atitude.

7ª. Sugestão

Parece-nos que a norma do artigo 6º., inciso V, da Lei Estadual nº. 13.555/09 deverá ser melhor aproveitada. Assim, para se permitir a utilização de recursos do fundo de maneira mais racional, evitando-se desperdícios, deverá haver um maior intercâmbio e uma melhor comunicação entre os fundos estaduais e o fundo federal. Uma ação conjunta e coordenada entre os fundos estaduais e federal, principalmente nos casos em que a lesão atinge mais de um estado da federação, é imprescindível para uma melhor atuação. Isto porque a efetividade pressupõe planejamento e utilização racional dos recursos, para que seja observado o princípio constitucional da eficiência.

8ª. Sugestão

Entendemos que deverá haver uma alteração legislativa a fim de se afastar a aplicação da norma do artigo 1º., §3º., da Lei nº. 9.008/95. Como já mencionado, a modernização administrativa de órgãos públicos cabe exclusivamente ao Estado, em sentido amplo. Os citados

fundos não podem suprir o descaso estatal em relação à estrutura administrativa dos órgãos de fiscalização.

Igualmente, também cabe exclusivamente ao Estado o custeio de adiantamentos de despesas com perícias em ações civis públicas ou ações populares para a defesa de interesses metaindividuais. Os recursos dos fundos não deverão ser utilizados para esse fim, ainda que haja previsão de eventual resarcimento futuro em face daquele que foi condenado na ação. Há que se lembrar que o fundo de reparação não tem personalidade jurídica para a cobrança futura de tais valores em relação ao condenado, o que torna inócuas tal cobrança. Assim, alterações legislativas futuras que venham a permitir a utilização de tais recursos para o custeio de perícias não são tecnicamente viáveis, constituindo-se, com a máxima vênia, em um retrocesso.

9ª. Sugestão

Parece-nos ilegal a constituição de fundos municipais de defesa dos interesses difusos, nos moldes do fundo municipal constituído pelo Município de Criciúma/SC. Isto porque, a destinação de valores em pecúnia decorrentes de condenação judicial em ações civis públicas ou ações populares para um fundo municipal fere não apenas a norma do artigo 13 da Lei nº. 7.347/85, mas também o pacto federativo, posto que o Poder Judiciário é um órgão estadual ou federal. Logo, a destinação de tais recursos é atribuição exclusiva do ente estadual (se a Justiça for estadual) ou federal (em se tratando de Justiça Federal), sendo incabível uma interferência indevida de qualquer município, por meio de uma lei municipal.

10ª. Sugestão

Sugerimos que os valores decorrentes de condenação genérica em ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos tenham um prazo para habilitação mais extenso, alterando-se a norma do artigo 100 do CDC que prevê o exíguo prazo de um ano. Assim, sugerimos que haja uma alteração legislativa com a adoção do prazo de dois anos, conforme artigo 2º., §2º., da Lei nº. 7.913/89, por uma questão de equidade, posto que não há motivo para tal diferenciação de prazos. Porém, nada impede que tal prazo seja estendido ainda mais (três ou cinco anos, por exemplo) nas duas hipóteses aventadas. Ou ainda, no que nos parece mais correto, nada impede que tal prazo seja igual ao prazo prescricional do direito material.

Também se deveria permitir uma maior e melhor divulgação aos lesados, permitindo-se que tomassem conhecimento da ação coletiva e da necessidade de habilitarem-se para serem resarcidos. Esta habilitação dos lesados em juízo também deveria ser facilitada, posto que o custo com honorários advocatícios é um desestímulo ao ofendido, porque, não rara vezes, tais custos ultrapassam o valor da indenização. Neste aspecto, na prática, temos observado que o termo de ajustamento de conduta tem sido mais eficaz. Por exemplo, nos casos de taxas bancárias indevidamente cobradas pela instituição financeira (a taxa de quitação antecipada de financiamento, por exemplo), tem-se determinado por meio de acordo que o banco discrimine todas as pessoas que pagaram tais valores, por meio dos dados constantes na própria instituição bancária, e proceda ao imediato ressarcimento dos lesados, com valores corrigidos, independentemente de qualquer outra providência por parte do lesado. Portanto, nas hipóteses do artigo 100 do CDC, o aplicador do Direito deveria fazer o mesmo. Ou seja, nas hipóteses em que for possível, deve o magistrado evitar a condenação genérica¹²⁹, condenando-se o réu a ressarcir os lesados diretamente, independentemente de qualquer habilitação, desde que seja possível a identificação de todos os lesados (ou pelo menos da maior parte deles). No caso do exemplo acima referido, a identificação dos contratantes do financiamento e da quantia por eles despendidas na ilegal taxa de quitação antecipada é algo plenamente possível, posto que a instituição financeira possui tais dados. Não sendo possível tal identificação, a condenação deverá ser genérica, aplicando-se a norma do citado artigo 100 do CDC. Mas mesmo nessa hipótese, deveria ser facilitada a presença dos lesados em juízo, como por exemplo, permitindo-se que a Defensoria Pública atuasse na defesa de tais lesados, habilitando-se em juízo em nome dos lesados para receber a cota-parte de cada um, independentemente de se tratarem de pessoas hipossuficientes ou não. Assim, uma habilitação conjunta, feita pela Defensoria Pública, facilitaria o acesso dos lesados em juízo e se evitaria várias habilitações dispersas. Para se permitir essas habilitações conjuntas dos lesados, o juízo deveria determinar uma ampla divulgação, às custas do causador do dano, por meio da imprensa, para que os lesados procurassem a Defensoria Pública no prazo de habilitação (que hoje é de um ano) para poderem ingressar em juízo e receberem a sua cota-parte, de preferência sem nenhum custo adicional.

¹²⁹ Neste sentido é a redação original do artigo 28 do Anteprojeto de Nova Lei da Ação Civil Pública.

11ª. Sugestão

Por fim, entendemos que os fundos de reparação deverão priorizar uma atuação preventiva. A utilização de recursos dos fundos, no nosso sentir, deverá estar pautada prioritariamente em ações preventivas. Como é cediço, as medidas preventivas têm um custo muito inferior ao das atividades de recuperação. Logo, as medidas preventivas implicam em um melhor gasto, atendendo ao princípio constitucional da eficiência. Como os fundos de reparação são um repositório de valores nos casos de lesão a bens e interesses difusos e coletivos, quando a recuperação específica mostrou-se impossível, nada mais justo que tais recursos sejam utilizados para prevenir outros danos a bens metaindividuais. Assim, ações educativas, científicas e de preservação deverão pautar a utilização dos recursos dos citados fundos, para que se possa dar melhor efetividade à sua atuação.

CONCLUSÃO

No início de nosso trabalho, voltamos a nossa pesquisa para uma visão focada exclusivamente à atuação dos fundos de reparação previstos no artigo 13 da LACP. Contudo, no decorrer de nossa empreitada, constatamos que muitas críticas a tais fundos devem-se à falta de recuperação específica dos bens e interesses difusos e coletivos. Porém, notamos que a falha de não se conseguir uma recuperação a contento dos bens lesados é sistêmica, tendo um contexto mais amplo. Nossa doutrina, segundo nos parece, não delimitou ainda muito bem as atribuições dos fundos de reparação, o que tem gerado confusões. Assim, muito das falhas apontadas aos citados fundos, na verdade, se deve a equívocos ocorridos na fase processual, principalmente em relação a condenações exclusivamente em pecúnia em situações que deveriam ser cabíveis a recuperação específica do bem lesado, ou pelo menos algumas medidas compensatórias.

No entanto, as atribuições dos fundos de reparação devem ser bem delimitadas: servir como repositório de condenações pecuniárias em ações civis públicas e ações populares, nos casos em que é impossível a restauração específica do bem lesado. Ainda assim, mesmo que a lesão se mostre materialmente irrecuperável, a decisão judicial deverá condenar o causador do dano a adotar medidas compensatórias, para, somente depois, condená-lo a indenizar em pecúnia.

A quebra desta lógica sistemática é um fator que tem contribuído para a criticada atuação dos fundos de reparação, pois não cabe a tais fundos a recuperação específica do bem lesado, como se o responsável do dano pudesse transferir a sua obrigação legal aos citados fundos, por meio da fixação de um valor pecuniário em juízo. Há que se frisar que, muitas vezes, esta indenização é fixada aleatoriamente na sentença e sem qualquer critério técnico, ficando o valor da indenização muito aquém do que seria necessário para a correta recuperação do bem lesado.

Além disso, é preciso ter em mente que aos fundos de reparação, por meio de seus conselhos gestores, cabe uma visão mais ampla do problema para a aplicação de seus recursos. Assim, em sendo o fundo de reparação estadual, tal fundo deverá ter uma visão alargada do problema em todo o estado, adotando preferencialmente medidas preventivas para se evitar a ocorrência de novos danos. O mesmo raciocínio é valido em relação ao fundo federal. Ao conselho gestor de tais fundos de reparação cabe aplicar, de acordo com os critérios de

conveniência e oportunidade, os recursos do fundo de forma mais eficiente, de maneira que possa prevenir ou reparar danos a bens e interesses difusos e coletivos na extensão de seu território.

Assim, a visão mais restrita do problema, com a finalidade de se permitir a efetiva recuperação integral do dano no local onde ele ocorreu, cabe ao juiz e às partes do processo. Estes deverão buscar, de forma justa, a restauração do bem lesado ao estado anterior e a adoção de medidas compensatórias para se minimizar os efeitos deletérios dos danos no local onde eles ocorreram ou para compensar o dano por outro bem equivalente. A condenação em pecúnia deve ser sempre a última alternativa, porque de antemão já se sabe que o valor da indenização será encaminhado a um fundo federal ou estadual, sem que haja a obrigatoriedade de aplicação de seus recursos no local do dano. Essa é a regra do jogo. Por isso, não há que se falar em vinculação de receitas de tais fundos, embora o conselho gestor possa também aplicar os recursos do fundo no local do dano. Mas a aplicação de recursos do fundo, neste caso, não seria para a recuperação específica daquele dano (pois o dano já se mostrou irrecuperável), mas para a prevenção ou reparação de outros danos naquele local.

Desta forma, é preciso entender o verdadeiro papel dos fundos de reparação, desvinculando-o da obrigação de recuperação específica do bem lesado, posto que as atribuições de tais fundos é de prevenir e reparar. A recuperação específica, restaurando o bem ao estado anterior do dano, cabe exclusivamente ao causador do dano. Contudo, há que se frisar que a reparação atribuída aos fundos não se confunde com a recuperação “in natura” do bem. Na reparação, o dano mostrou-se materialmente irrecuperável; assim, há uma maior margem de discricionariedade para a aplicação dos recursos dos citados fundos. Neste caso, o fundo poderá utilizar o valor de diversas formas, como por exemplo, para o plantio de árvores no local para minimizar impactos do dano, para promover estudos científicos para se evitar novos danos, para ministrar educação ambiental para conscientização do dano naquela localidade, para adotar ações preventivas a danos similares em outros locais, etc. Já na recuperação em espécie não há essa margem de discricionariedade: deve-se buscar exclusivamente a restauração do local ao estado anterior daquele dano específico, adotando-se as medidas técnicas e materiais para se conseguir tal objetivo.

Notamos também a importância em nosso sistema jurídico da existência de outros fundos voltados para a defesa de interesses metaindividuais, como é o caso do Fundo Nacional do Meio Ambiente, Fundo Nacional de Defesa do Consumidor, etc. Tais fundos não se confundem

com os fundos de reparação, embora possam ter atribuições coincidentes, como no caso de adoção de ações preventivas. A existência de tais fundos voltados para a defesa de interesses metaindividuais é muito importante. Porém, tais fundos acabam por ter uma atribuição similar, embora com receitas diferentes, àquela dos fundos do artigo 13 da LACP. Contudo, tais fundos de defesa ainda não têm atribuição para agir preventivamente nos casos de urgência, na hipótese de ocorrência de dano grave, bem como nos casos em que ainda não se sabe quem é o responsável por tal lesão. Nestas hipóteses, tais fundos de defesa deveriam agir administrativamente e, depois, voltar-se em face do causador do dano, para que pudessem se ressarcir dos valores gastos. Neste caso, o valor da indenização fixado na sentença, por óbvio, seria encaminhado preferencialmente ao fundo responsável pelos gastos preventivos e, somente eventual sobra, seria encaminhada ao fundo de reparação. Porém, há entraves burocráticos que impedem a atuação de tais fundos de forma similar ao “Superfund” norte-americano: o maior deles é a falta de personalidade jurídica e a falta de ampliação de suas receitas por meio de fixação de “ecotributos”. Parece-nos que ainda não acordamos para a fixação de uma carga tributária mais efetiva e voltada para a prevenção e recuperação a danos a bens e interesses metaindividuais em relação a atividades necessariamente poluentes, como é o caso do petróleo e gás natural.

Uma vez delineadas as atribuições dos fundos de reparação podemos verificar que a atuação deles é limitada por questões burocráticas, posto que são órgãos públicos. No entanto, é preciso desmistificar tal atuação. Como órgão público, evidentemente, deverá haver um maior rigor na aplicação dos recursos. Mas não se pode chegar ao extremo de se evitar o uso de todo o recurso disponível em virtude da falta de apresentação de projetos. Nestes casos, o conselho gestor deverá agir de ofício, solicitando estudos às comissões especiais e celebrando diretamente convênios, contratos e termos de parceria. Não é demais lembrar que os princípios constitucionais previstos no artigo 37, “caput”, da Constituição Federal servem como vetores ao conselho gestor dos fundos de reparação, devendo ele pautar seus atos em tais princípios, sob pena de nulidade do ato.

Neste aspecto, outro ponto nodal na atuação dos fundos de reparação refere-se à maior transparência e publicidade de seus atos. Muito se criticou o FID paulista justamente pela ausência da adoção de tais critérios de atuação. Já o FDD tem sido reconhecido e elogiado

justamente por ser transparente na gestão e aplicação de seus recursos, dando a maior publicidade possível a seus atos.

Observamos também que os fundos de reparação deverão ter uma maior participação da sociedade, quer por meio da ampliação da participação de entidades interessadas no conselho gestor, quer por meio da possibilidade de apresentação de projetos por qualquer cidadão.

Notamos, ainda, que os fundos de reparação do artigo 13 da LACP são um importante instrumento para a defesa e preservação dos interesses difusos e coletivos. Tais fundos são imprescindíveis em nosso sistema jurídico, posto que servem para a gestão e para a aplicação de recursos decorrentes de condenações judiciais em pecúnia. Além disso, tais fundos também recebem outras receitas que o auxiliam em sua missão de prevenção e reparação de danos metaindividuais. Assim, resta apenas uma maior efetividade, com a ampliação da aplicação dos recursos de tais fundos.

Ainda notamos que nos últimos dez anos têm aumentado as receitas e a aplicação dos recursos do FDD. Ainda que longe de uma aplicação ideal de seu orçamento, tal fundo de reparação é, indiscutivelmente, o que possui maior efetividade em nosso país. No que tange ao FID, apesar das críticas, a partir de 2009, houve a mudança de sua estrutura administrativa, sendo adotada uma similar ao do FDD. Com isso, pela primeira vez, no ano de 2010 se permitiu a aplicação de recursos de tal fundo de reparação. Ainda que tardia, tal mudança de atitude é bem vinda.

Também não é demais frisar que a proliferação de fundos, inclusive municipais, pode se mostrar prejudicial. É melhor ter um número menor de fundos eficientes do que uma infinidade de fundos de pouca utilidade. Ademais, como os fundos de reparação são órgãos da administração pública, a proliferação excessiva de tais fundos implicará em mais gastos públicos, o que não nos parece salutar, em face do princípio constitucional da eficiência e da moralidade. Por outro lado, todos os Estados da Federação deverão criar seus fundos de reparação, porque é isso que determina o artigo 13 da LACP.

No que tange à colidência de interesses individuais com os interesses metaindividuais, quando a indenização é cabível nos dois casos, a questão é solucionada adequadamente por nosso sistema jurídico. A preferência no pagamento para as indenizações individuais e para aquelas decorrentes de interesses individuais homogêneos é um importante

instrumento para se dar efetividade, desde que bem utilizado. O que não se pode cogitar é que as indenizações individuais e as decorrentes de lesão a interesses individuais homogêneos fiquem sob a responsabilidade dos fundos de reparação. Tal obrigação de indenizar cabe exclusivamente ao causador do dano. Se o valor da indenização não é suficiente para ressarcir todos os danos e não há outras pessoas que possam responder solidariamente pelos danos causados, deverão ter prioridade no pagamento as indenizações individuais. Nestes casos, somente as sobras são encaminhadas aos fundos de reparação, não assumindo estes, a obrigação de ter que indenizar as vítimas individuais.

Por fim, não obstante as colocações feitas e a necessidade de adequações legislativas para melhor aprimoramento e efetividade, notamos que nosso sistema jurídico é avançado e apto a dar uma resposta a toda a sociedade em relação aos danos praticados a bens e interesses transindividuais. Contudo, as regras jurídicas em vigor necessitam ser melhor entendidas e melhor aplicadas pelos operadores do Direito. Isso porque mudanças legislativas desacompanhadas de uma mudança de mentalidade terão pouco efeito. Não é demais ressaltar que o nosso sistema jurídico atual, no que tange à defesa dos interesses metaindividuais em juízo, é um dos mais avançados do mundo. Não vemos a necessidade de mudanças legislativas bruscas para se alcançar uma verdadeira efetividade na reparação de danos a bens e interesses difusos e coletivos. Alguns ajustes legislativos e administrativos, como o que propusemos já serão suficientes para se alcançar essa efetividade almejada. Porém, a verdadeira mudança ocorrerá quando realmente nos dermos conta de que há necessidade de uma melhor aplicação das normas legais já existentes. É preciso termos consciência de que fazemos parte de um todo e que decisões equivocadas interferem não só na comarca onde o dano ocorreu, mas comprometem todo o sistema jurídico, prejudicando uma efetiva defesa dos interesses difusos e coletivos em juízo.

BIBLIOGRAFIA

- AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ALICKE, José Luiz e outros. *Infância e Juventude, Interpretação Jurisprudencial – Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude*. São Paulo: Ministério Público/ Imprensa Oficial do Estado, 2002.
- ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; e ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado*. São Paulo: Método, 2011.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano Ambiental: Uma Abordagem Conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BECK, Ulrick. *Incertezas fabricadas*. Instituto Humanitas Unisinos. Disponível em [http://www.ihu.unisinos.br/index.php?option=com_noticias&Itemid=18&task=detalhe&id=4534]. Acesso em 22/05/2009.
- _____. *Risk Society: towards a new modernity*. London: Sage, 1993.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. e outros. *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.993.
- BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade Civil e Proteção ao Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BÔAS, Regina Vera Villas. *Concretização dos postulados da Dignidade da Condição Humana e da Justiça*. Revista de Direito Privado n°. 47, ano 12, p. 121-159, julho-setembro 2011.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARRAMENHA, Roberto. *Município e Meio Ambiente: é possível a implementação de uma gestão ambiental adequada?*. Temas de Direito Urbanístico, CAOHURB-Ministério Público do Estado de São Paulo. Volume 04. São Paulo: Imprensa Oficial e MP-SP, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública. Comentários por artigo (Lei nº. 7.347, de 24/7/85)*. 8ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

- CHIMENTI, Ricardo Cunha e outros. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COELHO, Osvaldo de Oliveira. *Solidariedade e Direito Ambiental*. Revista de Direito Privado n°. 47, ano 12, p. 377-398, julho-setembro 2011.
- COSTA, Susana Henriques da e outros. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei ,de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção Jurídica do Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DESTEFENNI, Marcos. *A Responsabilidade Civil Ambiental e as Formas de Reparação do Dano Ambiental:Aspectos Teóricos e Práticos*. Campinas: Bookseller, 2005.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*. 3ª. edição. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. Volume 06. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3ª. edição. 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. 3ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 5ª. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente, Doutrina e Jurisprudência*. 3ª. edição. São Paulo: Atlas, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8ª. edição. São Paulo: Dialética, 2002.
- LEITE, José Rubens Morato, *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- LEITE, José Rubens Morato e DANTAS, Marcelo Buzaglo. Artigo intitulado de *Algumas considerações acerca do fundo para reconstituição dos bens lesados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 726, 1996.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 5^a. edição. São Paulo: LTr, 2003.
- MARCATO, Antonio Carlos e outros. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17^a. edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*, 10^a. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Ação Popular*, 5^a. edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 15^a. edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28^a. edição. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Mandado de Segurança*. 29^a. edição. São Paulo, Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20^a. edição. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente, A Gestão Ambiental em Foco*. 6^a. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MILARÉ, Edis e outros. *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2^a. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MILARÉ, Edis e COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal Ambiental – Comentários a Lei nº. 9.605/98*. Campinas: Millennium, 2002.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente*. 2^a. edição. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002 e 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19^a. edição. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constituição*. 4^a. edição, São Paulo: 2004.
- MORIN, Edgar. *Para onde vai o mundo?* Petrópolis: Vozes, 2010.

- MPSP, Ministério Público do Estado de São Paulo. *Anteprojeto de Nova Lei da Ação Civil Pública Propostas do Ministério Público de São Paulo*. São Paulo: APMP, 2009.
- NERY JÚNIOR, Nelson Júnior e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10^a. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUNES, Rizzato. *Curso do Direito do Consumidor*. 4^a. edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.
- PELUSO, Cézar e outros. *Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2007.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 10^a. edição. São Paulo: Atlas, 1999.
- POLIDO, Walter. *Seguros para Riscos Ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Elementos de Direito Ambiental*. 2^a. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SALLES, Carlos Alberto de e outros. *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. São Paulo: Universitária Leopoldianum, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente, Breve considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12-2-1998*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de e outros. *Princípios Humanistas Constitucionais – Reflexões sobre o humanismo do Século XXI*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.
- TRENNEPOHL, Natascha. *Manual de Direito Ambiental*. Niterói: Impetus, 2010.
- VARELA, Alexandre Manuel Rosa. *Globalização, Domínio e Sociedade de Risco*. Disponível em: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/2004_03.pdf]. Acesso em: 20.01.2010.
- YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. 1^a. edição, 2^a. tiragem. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.