

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO II**

CLEIDE CALGARO

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

CLAUDIA LIMA MARQUES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Cleide Calgario; Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira; Claudia Lima Marques. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-724-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO II

Apresentação

É com satisfação que introduzimos os artigos apresentados por pesquisadores, mestrandos, doutorados, e professores de diversas Universidade do Brasil no XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Porto Alegre - RS, entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018. O evento foi promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, havendo como tema central “TECNOLOGIA, COMUNICAÇÃO E INOVAÇÃO NO DIREITO”.

Os trabalhos apresentados possuem relevância acadêmica e social para as pesquisas em direitos e áreas afins, apresentando reflexões sobre o tema relações de consumo, no contexto do direito e da globalização, à luz da ética, do mercado, da economia e do hiperconsumo, pautando-se numa preocupação social e jurídica.

De fato, os temas que foram apresentados por pesquisadores dos programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil estão atentos as questões de natureza constitucional, de novas tecnologias, de legislação consumerista, de globalização, de publicidade, de hiperconsumismo, práticas abusivas, publicidade e de sustentabilidade e etc., onde se envolve as figuras do Estado, do consumidor e do mercado, demandando uma análise pautada num viés interdisciplinar.

Deste modo, pode-se observar a atualidade e a pertinência das pesquisas apresentadas no CONPEDI, que perpassam por questões sociais, ambientais, consumeristas, de direito comparado e de soluções das controvérsias na sociedade contemporânea pautada na era tecnológica.

Desejamos uma boa leitura a todos.

Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira – UNIMAR

Profa. Dra. Cleide Calgaro – UCS

Profa. Dra. Claudia Lima Marques – UFRGS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA EFETIVA APLICAÇÃO DOS RECURSOS

THE FUND FOR DEFENSE OF DIFFUSED RIGHTS AND THE RESPONSIBILITY OF THE STATE FOR THE EFFECTIVE APPLICATION OF RESOURCES

Giovani Clark ¹

Maria Jocelia Nogueira Lima ²

Resumo

Pretende-se demonstrar neste artigo, através do conteúdo do Direito Econômico constante em nossa Constituição, até que ponto há a real destinação dos recursos advindos das condenações em danos requeridos em ações coletivas por lesão a direitos difusos, considerando a lei 7347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e que criou o Fundo de Direitos Difusos (FDD). A pesquisa é documental (legislação, doutrina, dados estatísticos breves), tendo como principal apoio teórico as lições de Washington Peluso Albino de Souza.

Palavras-chave: Responsabilidade do poder público, Direito econômico, Consumidor, Fundo de direitos difusos, Destinação e desvio de recursos, Reconstituição do bem lesado

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to demonstrate in this article, through the content of economic law contained in our Constitution, the extent to which there is a real destination of the resources derived from convictions in damages required in collective actions for damages to diffuse rights, considering law 7347/85, which governs the public civil action for damages caused to the environment, consumers, assets and rights of artistic, aesthetic, historical, tourist and landscape value and which created the FDD. The research is documentary (legislation, doctrine, brief statistical data), has as theoretical main support lessons of Washington Peluso Albino de Souza.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Responsibility of the public power, Economic law, Consumer, Fund of diffuse rights, Allocation and diversion of resources, Reconstitution of the injured good

¹ Mestre e Doutor pela UFMG; Professor da Graduação e Pós Graduação da UFMG e da PUCMinas. Autor de diversos livros e artigos.

² Procuradora do Município de BH; especialista em Direito Público Municipal e Tributário; Mestranda em Direito Público pela PUCMinas

1. INTRODUÇÃO

O marco teórico principal tratado no presente artigo é o pensamento semeado pelo saudoso Prof. Washington Peluso Albino de Souza, onde a ordem econômica constitucional busca realizar os anseios da justiça social, principalmente nos ditames da nossa Constituição Econômica. Ensina SOUZA (2017, p. 28) quando a mesma:

De modo geral, em se tratando da presença dos temas econômicos nas Constituições modernas, boa parte dos elementos considerados como correspondentes a esse conceito de ideologia estão reunidos no capítulo da “Ordem Econômica e Social”, que por essa razão é denominado “Constituição Econômica”, apesar de muitos deles também se encontrarem dispersos por outras partes do texto constitucional.

Verifica-se, de forma instigante, a importância no cenário democrático da lei 7347/85, editada antes mesmo da Constituição da República de 1988, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e foi através dela criado o Fundo de Direitos Difusos, para o fim de que, havendo condenação em ações coletivas por lesão a direitos difusos ou de interesse público em geral, deverá ser depositado o valor daí proveniente em conta com correção monetária.

Na pesquisa encetada nesse trabalho verifica-se, lado outro, de forma angustiante, que os recursos obtidos das condenações em referidas ações civis públicas ajuizadas face a lesão de direitos metaindividuais e/ou difusos são retidos, em sua quase totalidade, nos cofres do Governo Federal, com o fim de auxiliar no cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, conforme artigo 9º. da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e como disposto no próprio relatório do Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos – CFDD, relativo ao exercício 2016.

De fato, o órgão executivo do FDD, dispõe claramente no seu Relatório de Gestão do Exercício de 2016 (Brasil, 2017b, p. 38):

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

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

Essas constatações são totalmente desvirtuadas da concepção democrática em conformidade à ideologia constitucionalmente adotada ditada por SOUZA (2017, p. 141), bem como os limites e objetivos fixados por:

Aí se encontra a autorização para o Estado intervir, ou não, na atividade econômica, com suas limitações e modalidades; aí estão os objetivos finais a serem atingidos, tais como o desenvolvimento e a justiça social.

Outrossim, fórmulas outras tem se buscado no Poder Jurisdicional como forma de ressarcimento dos danos lesados metaindividuais ou difusos, para não ocorrer tais desvios de verbas específicas, como a aqui suscitada, sob a forma de autocomposição entre todas as partes envolvidas com a total participação do agente fiscal da lei, o representante do Ministério Público, como ocorreu recentemente no maior acidente ambiental do Brasil ocorrido em Mariana-MG em 05 de novembro de 2015, onde o acordo firmado em 25.06.2018, em resumo, transaciona o seguinte, conforme constante na página do Ministério Público Federal de Minas Gerais na linha de tempo sobre o acidente:

Acordo firmado entre o MPF, MPMG, MPES, DPU, DPES e DPMG, e mais nove órgãos públicos, além das empresas Samarco Mineração, Vale e BHP Billiton Brasil, que muda a governança da Fundação Renova. O acordo prevê a criação de novas estruturas para garantir a efetiva participação dos atingidos nas decisões referentes à reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana (MG), ocorrido em novembro de 2015. (<http://www.mpf.mp.br/mg>).

A tragédia em Mariana repercutiu na mídia internacional inclusive, demonstrando-se a escala em quilômetros do sinistro acidente, como se vê da reportagem de MOTA no jornal BBC:

Em 5 de novembro de 2015, 34 milhões de metros cúbicos de rejeito de minério de ferro jorraram do complexo de mineração operado pela Samarco e percorreram 55 km do rio Gualaxo do Norte e outros 22 km do rio do Carmo até desagüarem no rio Doce. No total, a lama percorreu 663 km até encontrar o mar, no município de Regência (ES).

Ainda não é possível mensurar completamente a dimensão do impacto na natureza porque boa parte da lama continua nas margens e na calha do rio, dizem especialistas consultados pela BBC Brasil. E, ainda, parte dos rejeitos que chegou ao oceano continua sendo carregado pelas correntes marinhas. (<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41873660>, reportagem de 05.11.2017).

Como bem enfatiza CLARK (2001, p. 183):

O último pressuposto, ou seja, a participação social, torna-se hoje fundamental nas democracias atuais. A sociedade pós-moderna não se contenta mais em eleger seus representantes para os Poderes Legislativo e Executivo e, por vezes, do Judiciário, devido aos múltiplos interesses existentes, principalmente econômicos. Isso acontece em especial em uma sociedade heterogênea e plural como a nossa.

Os cidadãos destes tempos não se sentem mais representados pelos três poderes. Em face de suas limitações, tem sido prudente conceber, nas recentes democracias, várias medidas participativas, assim como criar instâncias alternativas de poder para canalizar a discussão e a solução das novas demandas socioeconômicas. Mesmo porque se torna praticamente impossível conferir representatividade a tantos interesses antagônicos dentro, por exemplo, dos Legislativos, bem como assegurar-lhes capacidade técnica para dar as respostas necessárias às inúmeras demandas, em exíguo espaço de tempo, normalmente exigido.

De acordo com o artigo 1º. da lei referida, sem prejuízo da ação popular, tinha cabimento as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente; ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Através da lei 8.078/90 foi acrescentado ao rol qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Ainda, os danos por infração da ordem econômica, conforme Lei nº 12.529, de 2011, como também os danos à ordem urbanística (incluídos pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001); à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (incluído pela Lei nº 12.966, de 2014) e ao patrimônio público e social (incluído pela Lei nº 13.004, de 2014).

Assim, atualmente a lei 7347/85 abarca, em verdade, os danos provenientes de lesão a todos e quaisquer direitos difusos e/ou coletivos ou de interesse geral.

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a razão da existência do Fundo de Direitos Difusos criado pelo artigo 13 da lei 7347/85 e que a destinação dos seus recursos tem sido pouco utilizada para cumprir a determinação contida na lei, através do seu Conselho Gestor Federal subordinado ao Ministério da Justiça criado pela lei 9.008/95, ou seja, a reconstituição do bem lesado objeto da condenação ou outros bens lesados na trilha das leis citadas e dos decretos regulamentadores respectivos, atrelado ao fato de que sendo o Estado responsável por gerir e administrar a aplicação desses recursos na consecução da proteção dos bens lesados, certo que recai sobre ele a responsabilidade pelas ações e/ou omissões na consecução do objeto do Fundo de Direitos Difusos.

De fato, tem-se que, em conformidade a RESTREPO (2012, p. 34) que dispõe sobre a verdadeira democracia e o seu exercício:

Quando aceitamos que o verdadeiro povo de democracia é o povo ocultos, sua economia é suportado em sua excepcionalidade toda a estrutura do direito moderno, o traço distintivo do componente é o seu poder para fazer ou não fazer com indiferença o ato constituía, e nós colocamos esses axiomas frente e intransigente com a definição clássica da democracia, que é uma união de um sentido tão sólida que extrair para o liberalismo moderno de sua toca e mostrar como seus dispositivos ocultação das pessoas na democracia são eles são indefesos e incapazes de se recomporem como uma unidade política. simples derivação de seu nome podemos estabelecer que a diferença radical e decisiva entre democracia e outra destinação de energia do sistema e nomeação da democracia é que o sujeito é marcado por um transcendental e só divisão; O orçamento da democracia é que o sujeito político é governante e governado. O assunto na democracia é parte tanto da decisão de governar quanto de quem se declara a obrigação de observar a norma de conduta.¹

¹ Cuando aceptamos que el verdadero pueblo de la democracia es el pueblo oculto, que su economía es soportar sobre su excepcionalidad la totalidad de la estructura del derecho moderno, que el rasgo distintivo del constituyente es su potencia de hacer o no hacer indiferentemente del acto constituido, y ponemos estos axiomas de frente y sin concesiones ante la definición clásica de democracia, lo que resulta es una unión de sentidos tan sólida que extraen al liberalismo moderno de su madriguera y evidencian la forma en que sus artificios de ocultamiento del pueblo en la democracia quedan desvalidas y son incapaces de recomponerse como unidad política. De la simple derivación de su nombre podemos establecer que la diferencia radical y determinante entre la democracia y cualquier otro sistema de atribución y designación del poder es que en la democracia el sujeto está marcado por una división trascendental y única; el presupuesto de la democracia es que el sujeto político es tanto gobernante como gobernado. El sujeto en la democracia forma parte tanto de la decisión de gobernar como sobre quien recae la obligación de observar la norma de conducta. (tradução livre).

Assim, o que se pretenderá concluir na presente pesquisa, sem pretender exaurir o tema, é demonstrar que no Fundo de Direitos Difusos - FDD, considerando que não tem sido aplicado em sua totalidade os seus recursos para os fins colimados, tais recursos acabam ficando paralisados ou sendo utilizados ou (sub)utilizados pelo próprio Governo Federal, porquanto o FDD é gerido e administrado por um Conselho que faz parte da estrutura administrativa do Ministério da Justiça, subordinado à Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, conforme decreto no. 1.306/94.

2. DA ADMINISTRAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDO DE DIREITOS DIFUSOS - FDD, DA SUA (IN)DEVIDA APLICAÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

2.1. BREVE HISTÓRICO

A lei criadora da ação civil pública busca, a par de se mostrar adrede ao Texto Constitucional de 1988, a efetivação dos anseios democráticos constantes em nosso ordenamento jurídico e especialmente na referida Constituição Econômica, apontando a correta aplicação dos recursos do Fundo dos Direitos Difusos – FDD, doravante designado somente de FDD, o que se defluiu que o desvio de tal aplicação deve ser objeto de responsabilização do Estado ante a parca efetivação dos objetivos dispostos no tema, objeto da presente pesquisa.

Assim, o artigo 13 da lei 7347/85 ao criar o Fundo de Direitos Difusos aponta que havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Praticamente 10 anos depois, com a edição da lei 9.008/95, foi criado o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDDF), na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, cujas atribuições são 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.

Se através da lei 7347/85 o Fundo onde seriam depositados os valores oriundos das condenações foi criado com o firme propósito dado pelo legislador de reparar os danos lesados, através da sua reconstituição, esse não foi o fim colimado pela lei 9.008/95, criada para o fim de dar legitimidade ao FDD que, em conformidade ao artigo 167, IX da Carta Magna de 1988 a instituição de fundos de qualquer natureza somente podem existir com prévia autorização legislativa.

É que considerando a destinação constante na lei 7347/85 quanto aos recursos oriundos do Fundo de Defesa de Direitos Difusos para o fim específico de reconstituição dos bens lesados em ações civis públicas tão somente, verifica-se que ela foi ampliada pelos decretos regulamentadores do diploma legal citado, especialmente pelo decreto no. 1.306, de 09.11.1994, informando o Conselho Federal que irá gerir o FDD e dando-lhe competência para zelar pela aplicação do produto do FDD e reconstituição de bens lesados, devendo estar apenas relacionada com a natureza da infração ou de dano causado, sendo os recursos utilizados especificamente na reparação específica do dano causado somente se isso for possível, como também pela lei 9.008/95 que em seu parágrafo 3º. do artigo 1º., aponta que somente serão aplicados os recursos arrecadados pelo FDD na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, como na modernização administrativa de órgãos públicos responsáveis pelas políticas relativas às áreas degradadas.

Dessa forma, verifica-se que se mostra possível a aplicação do FDD em reconstituição de bens lesados de forma geral e, em sendo assim, verifica-se que o FDD ampliou seus objetivos, com o fim de atuar de forma genérica a abarcar e aplicar seus recursos em bens lesados desvinculados inclusive, se caso, da própria ação civil pública que deu ensejo à arrecadação dos valores destinados ao referido FDD.

Porém, o que se constata por essa pesquisa é que o FDD tem tido seus recursos pouco aplicados em seus reais objetivos.

2.2. DO MONTANTE DA RECEITA DO FDD, DA SUA PARCA APLICAÇÃO E DA RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO ADMINISTRADOR

De se vê, em primeira linha, que o Fundo de Direitos Difusos, também chamado de Fundo de Defesa de Direitos Difusos, em pesquisa no site do próprio Ministério da Justiça, tem acumulado um volume de arrecadações em valores astronômicos que, se fossem aplicados em sua totalidade em recuperação e/ou reconstituição de bens lesados traria ao país o reconhecimento real dos seus objetivos fundamentais na formação da democracia, conforme emana do artigo 3º. da Carta Republicana pátria.

Atente-se que a Lei 7347/85 prevê especialmente a reconstituição dos bens lesados ou, na sua impossibilidade, a recuperação de bens lesados da mesma natureza daqueles objeto da ação civil pública.

Ocorre, porém, que com a ampliação da lei 7347/85 através da lei 9008/95 e de seus decretos regulamentares, certo é que a reconstituição de bens lesados pode ocorrer através de ações educativas, projetos outros relativos à recuperação de bens lesados ou mesmo de pesquisas científicas, conforme a ampliação legal. Isto acabou por primeiro desviar o almejado objetivo destinado aos valores arrecadados do FDD. Em segundo lugar, deixa aos cofres do governo federal importância vultosa a cada ano, que não tem uso nos vários projetos que são apresentados ao Conselho Federal Gestor do FDD, que tem de aprová-los para que possam ser de fato executados, ficando os recursos sem a devida utilização.

Conforme bem apontado por VENZON (2017, p. 132):

Como se extrai da Lei da Ação Civil Pública, da Lei n. 9.008/1995 e do Decreto n. 1.306/1994, a primeira destinação dos recursos do FDD deveria ser para recuperação do próprio dano que ensejou a condenação. Veja-se o exemplo de uma indenização pecuniária por danos morais coletivos em virtude de um grande desastre ambiental. Fazendo incidir os dispositivos em comento, interpretados sistematicamente com o princípio da reparação integral aplicável à responsabilidade civil, a única conclusão cabível é que o FDD deveria destinar os recursos para a comunidade atingida pelo dano que ensejou a condenação. Ademais, em não sendo possível que a indenização pecuniária reverta para recuperação específica do dano que originou a condenação, por exemplo em virtude de um óbice técnico relativo à reparação de uma área degradada, então a indenização pecuniária deveria, prioritariamente, ser destinada a outro bem difuso ou coletivo correlato com o que foi danificado, de forma a assegurar uma compensação por equivalente de mesma natureza. É dizer, um dano ambiental específico, para o qual não é possível uma recuperação, deverá importar em destinação dos recursos da condenação judicial aportados ao fundo para outro bem ambiental próximo à área degradada, o mesmo se podendo afirmar em relação aos demais direitos difusos e coletivos. Nesse sentido, a utilização dos recursos para promoção de eventos educativos, científicos e para a edição de material informativo, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos, prevista no § 3º do art. 1º da Lei n. 9.008/1995, denominada de compensação conglobante por Pinho (2010, p. 450-518), seria cabível apenas quando a recuperação do dano

específico ou correlato fosse impossível, sendo uma outra forma de compensação por equivalente.

Na verdade se vê que o legislador esvaziou os objetivos do fundo criado pelo artigo 13 da lei 7347/85 através da lei 9008/95, visto que ao criar o Fundo de Direitos Difusos por esta última, ampliou a aplicação do seu produto arrecadatório para outros fins distantes do ideal criado pelo artigo 13 do primeiro diploma legal aqui citado, como se vê do parágrafo 3º. do artigo 1º da lei 9008/95:

Art. 1º.

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

Ocorre que apesar do FDD ter anualmente arrecadação valorosa, conforme sobredito, e conforme levantado por Vasconcellos (2017):

Valores do FDD (em milhões de reais)		
Ano	Arrecadação	Valor usado pelo Fundo
2010	30,8	7,9
2011	41,4	8,9
2012	57,0	5,5
2013	120,2	3,6
2014	192,3	6,3
2015	563,3	3,8
2016	775,0	2,4
2017*	117,6	indisponível
Total*	1.897,6	38,4

* Valor apurado em março de 2017.

Fonte: Vasconcellos, 2017.

Verifica-se que dos valores anos. E vejam giram em e vinte milhões, quinhentos e centavos), valor que o restante dos valores, ou seja, a média de 90% dos valores arrecadados param no limbo do superávit primário, de acordo com o artigo 9º. , *caput*, da lei de Responsabilidade Fiscal, que determina:

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

E esclarece VASCONCELLOS (2017), denunciando o desvio do FDD, visto que o valor colocado anualmente para a consecução dos projetos fica atrelado aos critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias, conforme acima demonstrado, deve ser requisitado ao Ministério da Agricultura que pode negar, como de fato tem assim se pronunciado, conforme atesta em seu artigo a notícia lhe concedida por um membro suplente do Conselho Federal de Direitos Difusos:

Nesses casos, bem como no FDD, a Lei Orçamentária Anual já traz o valor a ser destinado ao fundo e apenas essa quantia chega à conta gerida pelo conselho responsável por aplicar o dinheiro para os fins previstos por lei. A maior parte da verba sequer chega à conta.

Teresa Liporace, gerente de projetos do Instituto de Defesa do Direito do Consumidor (Idec) e conselheira suplente do conselho gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, afirma que o contingenciamento é pauta constante das reuniões do conselho, mas não há nenhuma sinalização de mudanças. “Quando é solicitada liberação de parte dos recursos da Reserva de Contingência prevista no orçamento do FDD, a Secretaria de Orçamento Federal (vinculada ao Ministério do Planejamento) nega”, conta.

Então, de um exame perfunctório na arrecadação e outro no cofre para onde está se esvaindo sua quase totalidade arrecadatória não se olvide de que necessário mesmo é a implementação da aplicação do produto do FDD nos seus próprios objetivos, especial e precipuamente na reconstituição dos danos lesados, pena de degradação mais e mais, por exemplo, do meio ambiente, conquanto o total da área degradada em nosso País corresponde a duas vezes o Estado da França e, de acordo com o censo IBGE de 2006 é de 9.905,612 ha. E a evolução desse problema a cada dia fica mais alarmante, como no caso da empresa Samarco na cidade de Mariana-MG, cujo impacto é inegável sobre a qualidade de vida e acesso aos bens básicos daquelas populações ribeirinhas do Rio Doce, no próprio curso dessa água até no Estado do Espírito Santo, que está sendo conhecido como o maior acidente ambiental do Brasil.

De tudo isso se vê que a responsabilidade do poder público pela omissão na aplicação do FDD ou mesmo de ações que negam a referida aplicação, com nada mais nada menos que o simples desvio dos recursos para apenas um cofre: o desvendável cofre do Governo Federal para cobrir as metas do resultado primário, ou seja, cobrir o rombo da dívida pública interna e externa, antes de se efetivar qualquer planejamento tendente

ao desenvolvimento do país, bem assim, como no caso específico, tendo como objetivo a reconstituição dos danos metaindividuais lesados.

Do mestre MELLO (2010, p. 9999) verifica-se a lição em conformidade ao aqui esposado:

Segundo entendemos, a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito.

(...).

Com efeito, é parte integrante da lei tanto o que consta de sua literalidade quanto o que se contém no seu espírito, ou, segundo as palavras do eminente constitucionalista americano Black, “o ditame implícito na lei é tanto parte de seu conteúdo como o que nela vem expresso”.

Por isso que no caso caberia solucionar o problema com a aplicação da teoria do risco administrativo, visto que, conforme bem lembra o mestre FARIA (2000, p. 533),

basta a comprovação do dano e do nexo de causalidade, isto é, a constatação de que o fato danoso foi causado pelo Estado, por ação comissiva ou omissiva, culposa ou não.

E completa ainda o mesmo autor (p. 533):

A teoria da responsabilidade objetiva funda-se no risco administrativo ou no risco integral defendido por diversos autores.

ESTEVES (2003, p. 57) ressalta claramente:

Por essa teoria, não se cogita da ideia de falta, senão da existência do dano e do nexo causal entre o prejuízo e a atuação do Estado. Trata-se de reconhecer que, sendo próprio do Estado garantir o bem-comum, não há como, sem ofensa aos princípios do Direito público, admitir-se que o lesado pelo Estado possa permanecer ao desamparo. Se assim é, caberá à comunidade – destinatária do proveito resultante da atuação do Estado – assumir o ônus de ressarcir o lesado, como forma de restabelecer o equilíbrio ínsito da ideia de igualdade de todos em face do Estado (...).

Lembrando que não deixa de ser a execução de um ato administrativo a forma de se praticar a consecução da aplicação dos recursos do FDD, indaga-se, nesse aspecto, se o fruto da restrição e dos seus desvios não teriam como causa os momentos de transição, de mudança, de verdadeira crise em que o Estado brasileiro está a viver, ocasião em que deveríamos tratar frontalmente a reestruturação do ato administrativo ou mesmo a sua cisão entre o ato administrativo vinculado e o discricionário, como nos lembra MADALENA (2016, p. 181/82):

Por todas as razões acima elencadas e derivadas digressões, parece bastante claro que a cisão entre atos administrativos vinculados e discricionários, equiparada ao que é feito nos casos fáceis e casos difíceis, vela ainda mais a

“estrutura de decisão” utilizada para chegar às respostas quanto às decisões administrativas. O que muitas vezes se chama de opções do Administrador, em verdade jamais são ou foram opções postas ao seu alvedrio ou ao de qualquer intérprete, o que se evidencia de forma berrante no Estado Democrático de Direito, onde quem dita os rumos do Estado e da sociedade são as instituições democráticas, não uma democracia delegativa (Guillermo O’Donnell). Por isso, persistir na cisão aqui tratada implica em persistir no ato de atentar contra o modelo de Estado democraticamente escolhido por meio de uma “prática” filosófica” que só faz afastar a democracia, justificando de forma implícita cada vez mais a prevalência do indivíduo nas relações, que acabam cada vez mais simbolizar relações de poder e não relações de dever.

De toda monta, a responsabilidade objetiva do Estado, ante a não aplicação dos recursos constantes do FDD, destinados a reconstituição ou ressarcimento ou, ainda, recuperação de danos lesados ambientais, históricos, dos consumidores, etc., conforme a lei 7347/85 e lei 9008/95 apontam, com o desvio da sua aplicação para cobrir o superávit primário, bem assim ante os que se chamaria de cortes efetivados através de decretos, portarias e resoluções do Ministério da Justiça, através do Conselho Gestor do FDD, delimitando a aplicação efetiva dos recursos arrecadados, mostra-se caracterizada com a junção dos dois elementos comprobatórios de tais danos, quais sejam, o próprio dano, já devidamente comprovado através da precedente ação civil pública que culminou no pagamento da indenização recolhida aos cobres do FDD e o nexo de causalidade com a impossibilidade de utilização dos recursos provenientes da condenação na ação aludida.

E em sendo assim, a única saída face às indevidas aplicações para cobertura de metas do superávit primário de recursos do produto das condenações em numerário em ações civis públicas face à lesão aos direitos metaindividuais e difusos seria a responsabilização objetiva do Estado detentor de referidos recursos, por ação comissiva ou omissiva, visto que a área degradada, v.g., mostra-se sem aplicação do recurso para a sua reconstituição e/ou recuperação.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na pesquisa encetada nesse trabalho conclui-se, pois, que os recursos advindos das condenações da lei 7347/85 mostram-se totalmente desviados, a bem da verdade, registre-se, para suprir o superávit primário no Governo Federal, o que gera, lado outro, a sua responsabilização, como gestor do Fundo de Direitos Difusos, face a não aplicação recorrente dos valores oriundos de condenações em ação civil pública por danos lesados de cunho metaindividuais ou difusos em seus respectivos objetivos, ou seja, para

restituição dos danos lesados ou sua recuperação ou, em caso de total impossibilidade, utilização de recursos em reconstituição ou recuperação de outros danos da mesma estirpe.

A fórmula encontrada no acidente ambiental de Mariana-MG, de maior proporção já ocorrida no Brasil, para minimizar os atingidos, busca deixar o ressarcimento dos danos com todos os envolvidos, através de uma transação gigantesca, que foi acompanhada e efetivada de perto com toda a estrutura da advocacia pública, do Ministério Público Federal, Estadual, da Defensoria Pública Estadual e Federal, juntamente com os procuradores das empresas responsáveis, bem como o magistrado responsável pela condução do processo.

Tudo isso demonstra, lembrando o caso em exame de forma paradigmática, que existindo de forma rotineira a utilização desviada dos recursos oriundos do FDD pelo Governo Federal, certo que seja para cobrir deficiências outras de ordem orçamentárias, a bem do (des) planejamento, tem-se que a fórmula encontrada na ação civil pública em efetivar transação contra o aqui noticiado maior desastre ambiental já visto no País, em Mariana-MG, com acompanhamento, além de todo o pessoal do Judiciário e essencial a este, como também dos representantes interdisciplinares de todas as áreas de proteção aos atingidos, como ainda representantes da sociedade civil, evita, de outro modo, que uma ulterior condenação, sem a pensada autocomposição mencionada e levada a termo, poderia certamente piorar a situação de todos os envolvidos, como os Municípios e Estados igualmente.

Assim, o trabalho aqui pretende demonstrar que se depara com um nominado Estado Democrático de Direito, com o fim de utilizar as estruturas nele constituídas para o propósito puro e exclusivo de interesses econômicos e não interesses públicos, conforme RESTREPO (2012, p. 34) dispõe que *a crítica radical visa denunciar a substituição engenhosa da soberania e o poder constituinte que o Estado e a lei alcançam quando se apropriam da archein (governo), não como o lugar do legislador convencional constituído, mas do soberano*².

² la crítica radical apunta a denunciar la tramposa sustitución de la soberanía y del poder constituyente que el Estado y el derecho logran cuando se apropian del archein, no como el lugar del legislador convencional constituido, sino del soberano. (Tradução livre).

Ademais, comunga salientar que os valores resultantes de uma indenização condenatória desse vulto poderiam ser engolidos pelo sistema para o fim de cobertura de superávit primário, e com respaldo da Lei Complementar 100/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, como sobredito, sem a efetivação do seu real objetivo, qual seja, a consecução da reconstituição e/ou recuperação do bem jurídico lesado.

O trabalho aqui desenvolvido não espera, já se disse, exaurir a matéria tratada, pretendendo tão somente alertar para as restrições pelas quais passa o FDD, com a dilapidação dos seus recursos para cobrir o déficit orçamentário do Governo Federal, sem nenhum limite, retirando-se-lhe toda a verba recebida para aplicação em outros órgãos federais, sem a utilização dos valores em seus objetivos, em total divergência ao comando judicial contido nas ações civis públicas que arrecadam valores ao referido FDD para o fim de reconstituir ou recuperar os danos lesados que têm como causa os direitos metaindividuais e/ou difusos, sem nenhuma preocupação com as gerações futuras.

Desta feita, tem-se que a matéria aqui tratada tem como fim alertar sobre a verdadeira aplicação do FDD e a forma como seus recursos estão se esvaindo sem a persecução dos seus verdadeiros objetivos.

Enfim, como lembra o mestre Guimarães Rosa (2015, p. 413), de *justiça, digo, também: uma regra se teve, sem se saber de quem foi que veio a ideia dessa combinação*.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do.

BRASIL, lei 7347, de 1985.

BRASIL, lei 9.008, de 1995.

BRASIL, IBGE, <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/agropecuaria/utilizacao-das-terras-area.html>, site visitado em 03.08.2018.

BRASIL, Ministério da Justiça, <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/historico>, site visitado em 06.08.2018.

BRASIL, Ministério da Justiça, <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/arrecadacao>, site visitado em 30.07.2018.

CLARK, Giovani. O Município em face do Direito Econômico. Del Rey, 2001, Belo Horizonte.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo. Del Rey, 2003, Belo Horizonte.

FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de Direito Administrativo Positivo. 3ª. Ed., Del Rey, 2000, Belo Horizonte.

<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41873660>, reportagem de Camilla Veras Mota sobre o acidente de Mariana-MG, visitado em 03.08.2018.

<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/tragedia-de-mariana-acordo-muda-governanca-da-fundacao-renova-visando-a-participacao-efetiva-dos-atingidos>, site visitado em 03.08.2018.

MADALENA, Luis Henrique. Discricionariiedade Administrativa e Hermenêutica. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª. Ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 04.02.2010, Malheiros Editores, São Paulo, 2010.

RESTREPO, Ricardo Sanín. Cinco tesis desde el pueblo oculto. Oxímora revista internacional de ética y política Núm. 1. Otoño 2012. ISSN 2014-7708.

Universidad Pontificia Javeriana

Pp. 10-39.

ROSA, João Guimarães. Grande Sertão: Veredas, 21ª. Ed., Rio de Janeiro, ed. Nova Fronteira, 2015.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras Linhas de Direito Econômico. 6ª. Ed., 2ª. Tiragem. Ltr: São Paulo, 2017.

VASCONCELLOS, Marcos de. Governo usa bilhões do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos para inflar o caixa, artigo publicado em 31.03.2017 <https://www.conjur.com.br/2017-mar-31/governo-usa-dinheiro-fundo-direitos-difusos-caixa>, visitado em 03.08.2018.

VENZON, Fábio Nesi. Fundo de Defesa de Direitos Difusos: descompasso com a garantia da tutela adequada e efetiva dos direitos coletivos, artigo publicado no Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 50, p. 125-146 – jul./dez. 2017.