

**O FUNDO DE DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS E A PARTICIPAÇÃO
DEMOCRÁTICA NA SUA GESTÃO: UMA ANÁLISE À EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº 127/2022**

THE FUND FOR THE DEFENSE OF DIFFUSE RIGHTS AND DEMOCRATIC
PARTICIPATION IN ITS MANAGEMENT: ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL
AMENDMENT Nº 127/2022.

Vitor Hugo Trindade Silva¹

Clóvis Ferreira Junior²

Gregório Assagra Almeida³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a necessidade de aumentar a participação popular no Conselho Federal, responsável por gerenciar o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos como meio de evitar seu completo desvirtuamento e malversação. Ao se falar de direitos difusos fica evidente a legitimidade da sociedade em geral, mesmo que através de representantes, ter a possibilidade de influenciar na decisão a ser tomada para a reparação dos danos desta natureza. Da maneira como está hoje, o Governo sempre terá a maioria dos votos nas deliberações, o que fatalmente acarreta a diminuição de escolhas de com visão de Estado, sem viés eleitoreiro ou apenas governamental. Além disso, com a pouca democratização do Fundo, eventuais legislações que o vilipendiam são feitas sem qualquer resistência, tal como a Emenda Constitucional nº 127/2022, que resolveu o problema da falta de verba para arcar com o piso salarial de algumas categorias profissionais vinculando o superávit dos fundos federais, dos quais o FDD faz parte, para tanto. Percebe-se, assim, a constitucionalização inconstitucional da utilização das verbas do fundo para objetos que nada tem a ver com os direitos difusos. Como hipótese, traz-se a mudança da composição do Conselho, abarcando não apenas um maior número de

¹ Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP. E-mail: vitor.husilva@sou.unaerp.edu.br;

² Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP. E-mail: clovaojr@gmail.com

³ Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp). Pós-doutor pela Syracuse University, NY, USA. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Graduado pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Advogado e Consultor Jurídico. Sócio do Escritório Gregório Assagra de Almeida Advogados Associados. E-mail: gaalmeida@unaerp.br

entidades civis, mas também a presença da Defensoria Pública União, em atenção aos hipossuficientes, representantes dos Estados e Municípios, que são os entes mais lesados etc. Para elaboração da pesquisa, utilizou-se as bases bibliográfica e documental, de abordagem qualitativa, sendo os dados levantados e analisados pelo método científico hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: fundo de defesa de direitos difusos; participação popular; Conselho Federal; democracia; direitos coletivos.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the need to increase popular participation in the Federal Council, responsible for managing the Fund for the Defense of Diffuse Rights, as a means of avoiding its complete distortion and misappropriation. When talking about diffuse rights, the legitimacy of society in general becomes evident, even if through representatives, to have the possibility of influencing the decisions to be made for the reparation of such damages. As it currently stands, the Government will always have the majority of votes in the deliberations, which inevitably leads to a reduction in choices with a state vision, free from electoral bias or merely governmental perspectives. Furthermore, with the limited democratization of the Fund, potential legislations that undermine it are passed without any resistance, such as Constitutional Amendment nº 127/2022, which solved the problem of the lack of funds to cover the minimum wage of some professional categories by linking the surplus of federal funds, of which the FDD is a part, for that purpose. This leads to the observation of an unconstitutional constitutionalization of the use of the funds for purposes unrelated to diffuse rights. As a hypothesis, the change in the composition of the Council is proposed, encompassing not only a greater number of civil entities but also the presence of the Public Defender's Office of the Union, representing the vulnerable, as well as representatives of the States and Municipalities, which are the most affected entities, etc. For the elaboration of this research, bibliographic and documentary bases were used, with a qualitative approach, and the data were collected and analyzed through the hypothetical-deductive scientific method.

Keywords: Fund for the Defense of Diffuse Rights; popular participation; Federal Council; democracy; collective rights.

1. INTRODUÇÃO

Quando se está diante de uma violação de direitos coletivos *lato sensu*, o ideal é que ocorra a reparação específica do dano, de maneira que haja um retorno, na medida do possível, ao *status quo*.

Mas nem sempre isso será viável. Certamente há situações que se resolverá através da indenização pecuniária. E, por óbvio, isso traz algumas indagações que precisaram ser enfrentadas pelo Direito. Principalmente sobre para onde estes montantes serão enviados e de quem exercerá a sua gestão.

A criação do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD, foi a solução adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, e sua previsão legal encontra-se no artigo 13 da Lei 7.347/85. Para ele são destinados não apenas os valores das condenações judiciais em ações civis públicas que tem como objeto direitos difusos, mas também as multas aplicadas, doações etc.

Seu objetivo precípua é recuperar os bens ofendidos, sendo gerenciado por um Conselho Federal atualmente composto por um representante da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que o preside; um representante do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal; um representante do Ministério da Cultura; um representante do Ministério da Saúde, vinculado à área de vigilância sanitária; um representante do Ministério da Fazenda; um representante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE; um representante do Ministério Público Federal e três representantes de entidades civis.

Vê-se, portanto, que a maioria da sua composição são representantes do Governo, o que colabora para eventual distorção do Fundo, com pouquíssimo compromisso em estabelecer política pública de Estado, mas sim àquelas que interessam mais àqueles que ocupam a Administração Pública, e que, por vezes, não necessariamente corresponde à reparação dos direitos difusos.

Destaca-se aqui a problematização do estudo, qual seja, a ausência da efetiva participação popular na gestão do FDD. Sem o envolvimento da sociedade na regência do Fundo, abre-se o caminho para ocorrer seu desvirtuamento e condená-lo, praticamente, ao esquecimento pela inefetividade.

Foi exatamente o que aconteceu quando da Emenda Constitucional nº 127/2022, que constitucionalizou a vinculação do superávit dos fundos federais ao pagamento do piso salarial das carreiras de enfermeiro, técnico em enfermagem etc., objeto complementemente ligação com o meio ambiente, o consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

A hipótese aqui ventilada é garantir maior participação popular no Conselho Federal, incluindo representantes dos Estados e Município, da Defensoria Pública da União e um número maior de entidades civis, que serão escolhidas pelos seus pares. A testagem da hipótese dependeria de sua implementação. Só a ampliação do Conselho nos termos aqui defendidos é que poderá, empiricamente, demonstrar maior efetividade do FDD.

Em suma, o presente artigo inicia-se com a contextualização histórica do Fundo. Posteriormente analisa como a participação democrática ocorre no Conselho Federal, que gerencia o fundo e quais os danos a ausência dela pode causar, sendo um deles a vinculação do superávit imposta pela Emenda Constitucional nº 127/2022.

A pesquisa foi feita com bases bibliográfica e documental, de abordagem qualitativa, sendo os dados levantados e analisados pelo método científico hipotético-dedutivo.

2. NOTAS SOBRE O SURGIMENTO DO FUNDO DE DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS

Nas décadas 60 e 70, alguns doutrinadores italianos, destacando-se, M. Taruffo (1968), Vittorio Denti (1971) e Mauro Cappelletti (1978) lançaram para o mundo a ideia da instrumentalidade do processo, especialmente quanto a concretização dos direitos sociais, também denominados de direitos de “segunda geração ou dimensão”. Esta visão mais moderna no processo não demorou a chegar no Brasil, sendo encampada e defendida por José Carlos Barbosa Moreira (1977); Waldemar Mariz de Oliveira, em (1984); Ada Pellegrini Grinover (1979); e Cândido Rangel Dinamarco (1987), por exemplo. (BADIN, 2008).

GRINOVER (2014), traz uma síntese da mudança daquela época:

Em um quadro político, econômico e social estruturalmente renovado, a figura exclusiva do direito subjetivo, em seu enfoque tradicional, não mais pode prevalecer.

Surgem, agora, a nível de massa, e por via substancial - enquanto o direito burguês concebia, normalmente, posições adquiridas por via formal e colocava o indivíduo, isoladamente considerado, no centro do sistema - interesses difusos: ou seja, aspirações espalhadas e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referidas à "qualidade de vida".³ Necessidades e

interesses, esses, que sofrem constantes investidas e agressões, também de massa, e que põem à mostra a existência de outros conflitos meta-individuais, nem sempre reconduzíveis ao contraste autoridade-indivíduo.

Nessa perspectiva, vê-se claramente que não é mais suficiente, como o foi outrora, fornecer ao Estado os necessários meios de defesa da ordem pública, e ao indivíduo as salvaguardas indispensáveis ao exercício de suas liberdades. Novos conflitos, meta-individuais, esperam solução, na sociedade contemporânea; e exatamente por sua configuração coletiva e de massa são típicos das escolhas políticas e indicam a necessidade de se adotarem novas formas de participação.

Diante desse cenário, para além das necessárias adequações processuais, algumas indagações surgiram naturalmente. Qual seria o destino do dinheiro nas condenações de ações que tutelaram direitos coletivos *lato sensu* e o que fazer com os recursos que não foram reclamados pelos lesados em caso de demanda de interesses individuais homogêneos eram perguntas que precisavam de resposta no ordenamento jurídico.

Por óbvio o Estado não poderia simplesmente se apossar desses montantes, sob pena de enriquecimento ilícito, uma vez que a sociedade, seja de maneira identificável ou não, foi lesada, e para ela os valores devem ser revertidos. Além do mais, não é raro o próprio Estado ser o agente que lesiona os direitos difusos, notadamente quando se está diante de matéria ambiental. Assim, se fazia imprescindível a criação de um mecanismo a fim que também se evitasse a confusão, fenômeno do direito civil em que o devedor e o credor concentram-se na mesma pessoa.

Nesse sentido, rememora-se as palavras de DINAMARCO (2009, p. 177-178)

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual.

Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua *utilidade*. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. Daí o relevo de que é merecedora a problemática dos escopos do sistema processual e do exercício da jurisdição. A tomada de consciência teleológica, incluindo especificações

de todos os objetivos visados e do modo como se interagem, constitui peça importantíssima no quadro instrumentalista do processo: sem compreender a sua instrumentalidade assim integralmente e apoiada nessas colunas, não se estaria dando a ela a condição de verdadeira premissa metodológica, nem seria possível extrair dela quaisquer consequências cientificamente úteis ou aptas a proporcionar a melhoria do serviço jurisdicional. Em outras palavras: a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos.

Assim, não bastava mais uma lei para oportunizar um maior acesso às pessoas ao Judiciário. Criar legitimados para representar àqueles incapacitados de utilizar a justiça e suas instituições era apenas um primeiro passo. Esta é uma faceta da expressão acesso à justiça. A outra, da qual quer-se chamar a atenção aqui, é que este acesso deveria produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI, 1998).

Significa dizer que não bastava que os detentores dos direitos coletivos *lato sensu* estivessem representados, mas que a demanda resultasse na efetiva reparação daquilo que fora violado, ainda que esta fosse possível apenas em pecúnia. (MOREIRA, 2019).

A lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 foi a resposta legislativa para as questões postas. Aliás, está consignado na exposição de motivos, subscrita pelo então Ministro de Estado da Justiça, que a lei da ACP foi fruto do estudo de professores paulistas, discutido com advogados e magistrados, sendo objeto de debate no 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil, realizado em Porto Alegre, em 1983, e no XI Seminário Jurídico dos Grupos de Estudo do Ministério Público do Estado de São Paulo, que ocorreu em São Lourenço, Minas Gerais, no mesmo ano.

Nas palavras de BADIN (2008, p. 2-4):

Na crista da "segunda onda renovatória", foi editada no Brasil a Lei 7.347/85 (LACP). Ao introduzir e disciplinar as ações coletivas no Brasil, a LACP criou importante mecanismo de defesa judicial dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, notadamente o meio ambiente, os direitos do consumidor, o patrimônio histórico, estético, turístico, e paisagístico, a livre concorrência e os direitos dos hipossuficientes.

Ao permitir que fosse levada ao Poder Judiciário a defesa dos direitos difusos e coletivos, a LACP tornou as decisões e políticas públicas mais permeáveis e sujeitas ao controle social. O cidadão passou a ser também sujeito e não apenas objeto das políticas públicas.

[...]

Assim, a ACP visa promover a responsabilidade por danos causados aos direitos difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos, podendo ter por objeto tanto a cominação de obrigações de fazer ou não fazer como

condenação em dinheiro (art. 3.º da LACP). Ora, mas se é certo que o ar que respiramos a ninguém pertence individualmente, mas a toda coletividade, para quem devem ir os recursos oriundos das condenações em dinheiro pelos danos a ele causados? O que fazer com esses recursos? E, no caso dos interesses individuais homogêneos, o que fazer com os recursos que não vierem a ser reclamados pelos indivíduos lesados?

A dúvida sobre o destino dos recursos também foi sanada pelo mesmo diploma, quando o artigo 13 previu 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. O fundo também serviria na hipótese em que os valores correspondentes aos danos individuais não fossem reclamados pelos indivíduos, fenômeno denominado no Brasil de *fluid recovery*.⁴

O referido fundo só foi regulamentado quase um ano após a publicação da LACP. O Decreto nº 92.302, de 16 de janeiro de 1986 foi quem desempenhou esse papel em um primeiro momento. Nesse diploma o fundo era denominado de Fundo para a Reconstituição de Bens Lesados. Os recursos do fundo eram limitados às indenizações decorrentes de condenação por danos aos direitos coletivos mencionados na LACP e a multas advindas de descumprimento de decisões judiciais.

Em 1991, mais precisamente em 27 de dezembro de 1991, agora já sob a égide da Constituição de 1988, foi publicado o Decreto nº 407, revogando o anterior. O fundo passa a ser denominado de Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDDD, com ampliação do rol de seus recursos.

Revogando seu antecessor, entra em vigor o Decreto nº 1.306, de 9 de novembro de 1994, que atualmente Regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os artigos 13 e 20 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Há mais uma dilatação do rol de recursos, prevendo, entre outros, os rendimentos auferidos com a

⁴ Parte considerável da doutrina critica essa nomenclatura quando se trata do FDD. Segundo ARENHART (2022), o atual Fundo de Defesa trabalha com a apresentação de projetos e convênios para o dispêndio de suas verbas, tocando ritos burocráticos nos quais a afinidade temática é aferida por grandes áreas, como o “meio ambiente”. Dessa forma, é descartada a vinculação entre o emprego da verba e a situação fática que serviu à condenação judicial; não há como se falar em “recuperação fluída”, pois inexiste recuperação. Tal fenômeno nos EUA possui outra nomenclatura que parecer ser tecnicamente seria mais adequada. Trata-se da expressão *cy-près*, de origem francesa que significa o mais perto possível, utilizada para designar a destinação difusa das verbas do Fundo. (VITORELLI, 2022)

aplicação dos recursos do Fundo e doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

O FDD passa ser gerido pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), órgão colegiado integrante da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, com sede em Brasília.

Atualmente, segundo o próprio sítio eletrônico do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o fundo é regulamentado pela Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, que, de fato, cria o Conselho Federal na estrutura do Ministério, mas acaba tratando de matérias idênticas às constantes no decreto. Entretanto, é possível afirmar que o Decreto 1.306/94 continua regulamentando o FDD naquilo que não contrariar a referida lei.

De toda forma, constata-se que o Fundo nasceu para o cumprimento de uma finalidade específica, uma vez que as receitas que o compõem, oriundas de processos - judiciais ou administrativos - iniciados quando constatada a lesão a direito difuso ou coletivo, devem ser empregadas em projetos que previnam ou recomponham danos ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico, ao consumidor, à ordem econômica, ao trabalhador, às pessoas idosas ou portadoras de deficiências e ao patrimônio público e social (BRASIL, 315).

3. A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NA DESTINAÇÃO DIRETA DOS VALORES DOS FUNDOS

Feita esta breve, mas necessária contextualização histórica, o presente estudo passa a analisar como se dá a participação popular no Conselho Federal, qual o grau de influência na decisão e quais as consequências produzidas por este estado de coisas.

O ponto de partida aqui é a constatar como era e como está a participação da sociedade na composição do Conselho Federal que gerencia o FDD e quem, em última análise, define o destino dos valores disponíveis.

No primeiro decreto que regulamento o FDD, a saber, Decreto 92.302/86, o colegiado era composto por um representante do Ministério da Justiça, a quem competia a presidência; II - um representante do Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio

Ambiente; III - um representante do Ministério da Cultura; IV - um representante do Ministério da Indústria e do Comércio; um representante do Ministério da Agricultura; um representante do Ministério da Ciência e Tecnologia; um representante do Ministério Público Federal; três representantes de Associações como referidas nos itens I e II do artigo 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

O Decreto nº 407/91, em que pese tenha feito algumas alterações na composição, manteve o número de três representantes de associações que atendam aos pressupostos dos incisos I e II do art. 5º da Lei nº 7.347, de 1985 na Conselho Federal.

Não foi diferente com o Decreto 1.306/94, que continuou estipulando três representantes de entidades civis que atendam aos pressupostos dos incisos I e II, do art. 5º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, redação que também foi reproduzida na Lei 9.008 de 1995.

Atualmente, as entidades civis presentes no CFDD são: Fórum Nacional de Entidades Civis de Defesa do Consumidor - FNECDC; Instituto “O Direito Por Um Planeta Verde”; Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON. Tais entidades, nos termos do § 2º, do artigo 2º do anexo da Portaria nº 2.314, de 26 de novembro de 2018 (Regimento Interno do CFDD), são indicadas por aquelas devidamente inscritas perante o Conselho e designadas pelo Ministro de Estado da Justiça.

Percebe-se, então, que desde sua criação, o FDD tem sido gerido por um colegiado que, em sua maioria, representa o Governo, leia-se, os ocupantes do poder, deixando pouca ou quase nenhuma margem para que a participação popular através das entidades civis, ou até mesmo por meio de outros legitimados da ACP, possa efetivamente influenciar na gerência dos valores arrecadados.

Essa ausência da participação democrática na gestão do fundo tem consequências nefastas, que corroboram para a crise de efetividade vivenciada pelo FDD.

Um primeiro ponto a ser colocado, que embora não seja objeto deste estudo, precisa estar aqui consignado, é o contingenciamento, com fundamento no art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, dos recursos do FDD para assegurar as metas de superávit primário do Governo Federal. (VENZON, 2017)

O FDD tem natureza de fundo especial. Significa dizer que, na lição de SANCHES (2002, p. 277-278), possui as seguintes características:

- I - receitas especificadas, ou seja, o fundo especial deve ser instituído com base em receitas específicas (tributos, contribuições ou outras receitas), determinadas em lei;
- II – gastos vinculados à realização de determinados objetivos, ou seja, a aplicação das receitas deve vincular-se à realização de investimentos, serviços ou ações claramente conexos com os programas de interesse da Administração que levaram à instituição do Fundo;
- III – vinculação a órgão da administração direta de um dos Poderes, ou seja, não há razão para se criar fundo vinculado ou gerido por autarquia, fundação ou empresa pública;
- IV - aplicação dos recursos por meio de dotações consignadas na Lei Orçamentária (por alocação originária ou mediante créditos adicionais), ou seja, os fundos constituem meios para a execução orçamentária de despesas e não para gastos extra-orçamentários;
- V – utilização de contabilidade particularizada no âmbito do sistema contábil setorial, ou seja, esta não existe em separado, mas como parte da contabilidade do órgão orçamentário a cuja programação o Fundo se integra na Lei Orçamentária;
- VI – normas peculiares de aplicação, ou seja, a lei que instituir o fundo especial poderá estabelecer ou dispor sobre condições e exigências para a aplicação dos recursos;
- VII – emprego de meios adicionais de controle, ou seja, os fundos requerem orçamentos detalhados, contabilidade particularizada e prestações de contas específicas;
- VIII - preservação dos saldos do exercício, ou seja, salvo disposição em contrário na lei que instituir o Fundo, os saldos apurados no Balanço de final de exercício se convertem em disponibilidades deste para gastos futuros

Para o que se quer destacar aqui, lança-se luz em relação ao item IV. Na prática significa que os valores arrecadados pelo Fundo vão para a conta única do Tesouro Nacional e para serem utilizados precisam estar presentes na dotação orçamentária destinada ao Fundo.

O problema causado por isso é bem delineado nas palavras de VITORELLI (2019, p. 236-237):

Ocorre que a União, enquanto ente federativo responsável pela gestão do FDD (tendo em vista que seu Conselho Gestor é subordinado ao Ministério da Justiça), em vez de aplicar os recursos nele depositados em projetos e ações de defesa de direitos e interesses transindividuais, ignorou, ao longo dos anos, o peculiar regime jurídico que cerca esses valores e passou a utilizar-se do Fundo como mecanismo de arrecadação ordinária. E o faz de modo muito simples: pela não aplicação dos recursos arrecadados. Em outras palavras: mesmo auferindo arrecadação bilionária, o FDD não aplica as verbas que recebe. O motivo para essa conduta foi apresentado por um ex-presidente do CFDD, a partir de questionamentos formulados pelo Ministério Público Federal: “Considerando que o FDD não possui despesa ou transferência obrigatória, o Fundo divide com outras unidades da União a obrigação de fazer economia para reduzir a dívida líquida e equilibrar as contas públicas”.

Desse modo, por não poder aplicar os recursos amealhados ao fundo em outra finalidade, **a União distorce sua destinação por outro subterfugio: a não aplicação.** Mantendo-se contabilmente depositados na conta única do Tesouro Nacional, a União computa tais recursos como saldos e, com isso, cria a ilusão de equilíbrio fiscal. Isso explica a distorção que se verifica, anualmente, entre a arrecadação e a aplicação dos recursos do fundo. (grifo nosso)

Tem-se, portanto, que a conduta da União em relação ao FDD é carregada de ilegalidade, uma vez que, a rigor, não haveria qualquer discricionariedade na aplicação dos recursos angariados para o Fundo.

Tal conclusão é, deveras, simples, ao analisar os dispositivos legais que tratam do tema. Veja-se, primeiramente a redação do artigo 13 da LACP:

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.** (grifo nosso)

A Lei 9.008/95 por sua vez preconiza que:

Art. 1º Fica criado, no âmbito da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD).

§ 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.

[...]

§ 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.

Por fim, o Decreto 1.306/94 dispõe que:

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

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

Ora, em maior ou menor grau de detalhamento, não nos parece haver qualquer espaço para a escolha do Administrador. Os recursos angariados para o Fundo deveriam ser provisionados e gastos em favor dos direitos difusos. A natureza jurídica do FDD não poderia ser usada como pretexto para sua ineficiência.

A disparidade entre o valor arrecadado e àquele disponibilizado para utilização, conforme aponta VITORELLI no artigo já mencionado, chega a ser absurdo. No ano de 2016, por exemplo, arrecadou-se 775.034.487,75 milhos de reais e foram disponibilizados apenas 3.845.806,00, o que corresponde a 0,50% de todo o valor que deu entrada no FDD.

Nas palavras de VENZON (2017, p. 137, 143):

O contingenciamento dos recursos do FDD tem sido tão intenso nos últimos anos que se pode dizer que o fundo federal hoje existe apenas simbolicamente, caracterizando o que Neves (2007) refere como legislação-álibi, **pois está longe de atender a demanda por recursos para projetos na defesa de interesses difusos e coletivos que chegam até ele.** (grifo nosso)

[...]

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

Com isto posto, e sabendo-se que compete ao Conselho Federal de Defesa de Direitos Difusos zelar pela aplicação dos recursos na consecução dos objetivos previstos no ordenamento jurídico, resta evidente a necessidade de aumentar a participação popular para que este estado de coisas seja superado.

Se faz imprescindível não apenas o controle jurídico, mas especialmente o controle político, a fim de que a própria sociedade possa, mesmo que representada, exercer pressão na alocação dos valores, mas principalmente na disponibilidade destes para tanto.

Com os membros do Conselho sendo em sua maioria parte do Governo, é natural que os posicionamentos tomados pelo Administrador na previsão de recursos e nos projetos a serem considerados tem muita ou quase toda influência. Há, então, forte tendência em se estabelecer programas que não raras as vezes tem maior interesse

eleitoral do que social, de maneira que o meio ambiente, por exemplo, não seja beneficiado financeiramente com o FDD como deveria.

Ao se falar em participação democrática em relação ao FDD não se está reinventando coisa alguma. O fortalecimento do Fundo de Defesa de Direitos Difusos junto à sociedade já foi tema do relatório de gestão de 2021, por exemplo. Dentre as ações planejadas está a aproximação da sociedade civil, buscando sua participação ativa na fiscalização de projetos fomentados pelo FDD, colocando entre os objetivos conscientizar a Sociedade Civil quanto ao FDD e ao seu papel na fiscalização da execução dos projetos (BRASIL, p. 342).

Por óbvio que se faz importante esse fortalecimento do FDD junto à sociedade, mas tal medida ainda parece insuficiente para mudar a situação colocada. Mais que permitir e incentivar a fiscalização, a participação popular na gestão do Fundo é essencial.

Assim, o Conselho precisaria modificar sua composição. A inserção da Defensoria Pública da União para representar os hipossuficientes, uma cadeira a ser ocupada por um representante dos Municípios e outra para o representante dos Estados, aumento das vagas para associações que seriam eleitas entre os pares e teriam mandado temporário são medidas imprescindíveis.

Um Conselho mais plural e democrático certamente resultaria na melhoria no ingresso de recursos no FDD, através do controle político e jurídico, na apresentação de projetos em maior quantidade e qualidade, e, conseqüentemente, na fiscalização dos recursos investidos.

Essa mudança, afastando a maioria absoluta dos membros como representantes do próprio Governo, certamente daria mais eco para a voz do povo, o que, em última instância, poderia evitar a malversação dos recursos do Fundo, ou ainda, a sua vinculação a objetos completamente estranhos aos direitos difusos.

4. VINCULAÇÃO IMPOSTA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 127/2022: UMA ANÁLISE CRÍTICA

A ausência da participação popular na gestão do FDD certamente é um dos motivos da falta de interesse da sociedade em exercer o controle político deste órgão. E

não é só isso, o retrato dessa realidade é um ambiente bastante propício para que a transparência não seja efetivamente observada.

Essa constatação é empírica. Basta acessar o *site* do FDD e tentar achar dados básicos, *v.g.*, a relação entre os valores arrecadados e o montante disponível, relatórios de gestão, prestação de contas do próprio Fundo etc. Algumas dessas informações até estão disponíveis, mas de maneira muito truncada e escondida, sendo necessários muitos *cliques* e tempo de navegação desproporcional.

Sem interesse da sociedade, que em sua maioria sequer tem conhecimento do FDD, um acesso à informação deficiente e transparência nebulosa, abre-se oportunidade do completo desvirtuamento do objetivo máximo do Fundo, inclusive por parte do Poder Legislativo.

Então, o que era apenas hipótese, se tornou real, e através de Emenda Constitucional.

No dia 23 de dezembro de 2022 foi publicada a Emenda Constitucional nº 127, que dentre outros assuntos, alterou a Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021, para estabelecer o superávit financeiro dos fundos públicos do Poder Executivo como fonte de recursos para o cumprimento dos pisos salariais profissionais nacionais para o enfermeiro, o técnico de enfermagem, o auxiliar de enfermagem e a parteira.

Dessa forma, o artigo 5º da EC 109/2021 passou a ter a seguinte redação:

Art. 5º O superávit financeiro das fontes de recursos dos fundos públicos do Poder Executivo, exceto os saldos decorrentes do esforço de arrecadação dos servidores civis e militares da União, apurado ao final de cada exercício, poderá ser destinado:
I - à amortização da dívida pública do respectivo ente, nos exercícios de 2021 e de 2022
II - **ao pagamento de que trata o § 12 do art. 198 da Constituição Federal, nos exercícios de 2023 a 2027.** (grifo nosso)

Como já visto, o FDD é um fundo especial pertencente ao Poder Executivo, de maneira que é atingido em cheio pela norma.

O preocupante é que conforme sustentado até aqui, o FDD tem uma arrecadação elevadíssima, mas baixa disponibilidade orçamentária para que o bem difuso lesado seja recuperado.

Além disso, pelo fato de a maioria do Conselho gerenciador do Fundo ser composta por cargos comissionados da Administração Pública Federal, ainda que haja um processo de seleção dos programas a serem beneficiados pelos recursos do Fundo, o Governo sempre terá a maioria para escolher àqueles que melhor se adequarem ao interesse dos que ocupam o Poder, o que nem sempre corresponde com a finalidade do Fundo.

A Emenda aqui analisada de forma crítica, possibilitou que o superávit financeiro⁵ dos fundos, inclusive o FDD, poderá ser utilizado para pagamento do piso salarial de determinadas categorias. Talvez não tenham se atentado sobre o assunto, mas a alteração constitucional tem potencial avassalador para os Fundos.

Imagina-se, por hipótese, que haja um alinhamento do Governo para que os Fundos não aprovassem qualquer convênio ou transferência em determinado exercício. Mesmo com a disponibilidade orçamentária ser tão dispare com a arrecadação, haveria superávit e o valor poderia, integralmente, ser utilizado para uma finalidade estranha 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 coletivo.

Claro que este é um exemplo mais exagerado. Mas é possível.

Em outra hipótese, pouco mais plausível, poderia o Poder Executivo disponibilizar mais dinheiro ao Fundo. Suponha-se que a totalidade daquilo que foi arrecadado. Ora, sem dúvida alguma seria um avanço e possibilitaria a realização de muita reparação. Mas com a EC 127, o Conselho do Fundo poderia aprovar poucos programas para execução, algo que envolveria menos que 10% do valor alocado no Fundo. Os outros 90%, caracterizados como superávit financeiro, poderiam ser utilizados para que o Governo cumpra o pagamento do piso salarial do enfermeiro, o técnico de enfermagem, o auxiliar de enfermagem e a parteira. Qual a ligação disso com reparação de dano ambiental, por exemplo? Nenhuma.

Neste particular, a Emenda padece de vício de constitucionalidade.

⁵ Lei 4.320, de 17 de março de 1964, Art. 43, § 2º: Entende-se por superávit financeiro a diferença positiva entre o ativo financeiro e o passivo financeiro, conjugando-se, ainda, os saldos dos créditos adicionais transferidos e as operações de crédito a eles vinculadas.

Parte-se do pressuposto adotado pela maioria da doutrina de que quando a Constituição se valeu da expressão “direitos e garantias individuais” no §4º do artigo 60 disse menos que queria dizer. Em verdade, neste dispositivo estão resguardados os direitos fundamentais, dos quais os difusos (*lato e strito sensu*) são espécies, e, portanto, estão protegidos por cláusula pétrea. (NETO e SARMENTO, 2014)

Sendo assim, quando a Emenda desvincula os valores do FDD àquelas finalidades para as quais foi criado, repita-se, 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, há uma vulnerabilidade ao núcleo essencial destes direitos.

De um Fundo que já é mal gerido, como os artigos anteriormente citados demonstram, torna-se completamente inócuo, de maneira que o retrocesso na proteção dos direitos de difusos fica evidente, o que também estaria vedado pela ordem constitucional, especialmente com base nos seguintes dispositivos: 1) Estado democrático de Direito (art. 1º, caput); 2) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); 3) aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º); 4) proteção da confiança e segurança jurídica (art. 1º, caput, e ainda art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada); e 5) cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV (RAMOS, 2021).

Ao constitucionalizar a não destinação do valor do FDD ao objeto lesado, o Estado, através do legislador, incorre em proteção insuficiente dos direitos difusos.

Claro que os profissionais beneficiados pelo piso imposto merecem ser melhor remunerados, mas a concretização desse bônus não pode ser feita a qualquer custo, não pode haver favorecimento de determinadas pessoas em detrimento de direitos que envolvem toda a sociedade, não se pode utilizar de verba vinculada para gasto com pessoal, havendo deturpação de um instrumento tão importante como o fundo de defesa dos direitos difusos.

Aqui as palavras de FERRAJOLI se encaixam perfeitamente:

Essa divergência deontica entre a normatividade e a efetividade da democracia constitucional é, portanto, fisiológica, existindo sempre, dentro de certos limites, certo grau de inefetividade das garantias. Mas pode se tornar, além de tais limites, patológica, quando alcance um ponto de crise, ou pior, de ruptura. É o risco que estão correndo hoje as nossas democracias, em razão de dois

fenômenos convergentes: o desenvolvimento da ilegalidade no exercício dos próprios poderes públicos normativos, como se manifesta nas violações das garantias e, por isso, na produção de antinomias, e o ainda mais grave defeito de legalidade, como se manifesta na ausência de garantias e, por isso, na existência de lacunas. É o que está ocorrendo tanto nos ordenamentos estatais, quanto e ainda mais nos ordenamentos supranacionais. As razões da crise são múltiplas: a falta de introdução, sobretudo em âmbito supra e internacional, das garantias, sejam primárias ou secundárias, dos direitos estabelecidos nas várias cartas e convenções, como também de funções e instituições de garantia à altura dos novos poderes e dos novos problemas globais; o fato de que a política nunca aceitou realmente a sua sujeição ao direito; a perda da memória das tragédias do passado e daqueles “nunca mais!” que após a segunda guerra mundial estiveram na origem do novo constitucionalismo democrático; os processos de desregulação e de redução do papel de governo e de garantia da esfera pública que são, concomitantemente, como em uma espiral, a causa e o efeito induzido da crise econômica.

Não se combate ilegalidade com ilegalidade, inconstitucionalidade com inconstitucionalidade, piso para determinada categoria com fundo destinado a socorrer os direitos difusos. São remendos como estes feitos em nossa Constituição que comprometem a sua força normativa, e um Constituição ineficaz certamente precede uma tragédia democrática.

5. CONCLUSÃO

Tem-se que a democracia é o poder do povo, para o povo e pelo povo. Mesmo diante do fato de vivenciar-se em *terras brasilis* o modelo representativo, a participação popular na gestão de maneira geral jamais deveria ser enfraquecida, mas, pelo contrário, fomentada e facilitada.

Quando se fala em direito difuso, então, a necessidade da sociedade ter possibilidade de influenciar na decisão governamental é evidente, vez que é a própria coletividade quem é sujeito deste direito. Sua ameaça, violação ou proteção ineficiente traz consequência particulares e simultaneamente a todos.

Aqui não se está criticando a técnica de se utilizar o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos como meio de concreção de tais direitos, mas sim a ausência da democracia participativa na administração de um mecanismo tão importante e com potencial financeiro enorme.

Não parece razoável, por exemplo, que o Estado, como sendo um dos maiores poluidores ambientais, tenha a maioria dos votos do fundo destinado para a

efetiva reparação do dano, ou na promoção de eventos educativos e científicos sobre o assunto.

Dessa forma, a malversação do FDD não é resultado apenas do amadorismo generalizado da Administração Pública, mas também da composição desproporcional da Conselho Federal que gerencia o Fundo, onde o Ministério Público Federal e os representantes da sociedade civil são sempre minorias.

Dos legitimados para propor Ação Civil Pública, o principal instrumento para proteção dos direitos coletivos *lato sensu*, apenas dois figuram no Conselho.

A ausência da efetiva participação popular, além de colaborar para uma gestão, no mínimo, pouco eficiente, também não atrai a importância do Fundo para o centro do debate público, abrindo espaço para aprovação de uma Emenda Constitucional que comprometeu de vez a tutela dos direitos difusos pelo FDD.

Mudar a composição do Conselho e conferir maior transparência nas operações do Fundo são medidas imprescindíveis para que este possa tornar-se saudável não apenas do ponto de vista contábil-orçamentário, mas no sentido de poder desempenhar sua competência. Somente assim é que poderá proteger o FDD de qualquer desvirtuamento imposto por quaisquer dos Poderes.

Vincular o superávit do FDD ao piso de algumas categorias profissionais não garante seu pagamento e causa um ferimento grave à proteção dos direitos difusos. Espera-se que as medidas sejam tomadas antes de mais uma vez utilizar-se a expressão “nunca mais”.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sergio Cruz. OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BADIN, Arthur. Fundo de defesa de direitos difusos. **Revista de Direito do Consumidor** | vol. 67/2008 | p. 62 - 99 | Jul - Set / 2008 DTR\2008\402

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 92.302**, de 16 de janeiro de 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d92302.htm . Acesso em: 21 jun. 2023

BRASIL. **Decreto nº 407**, de 27 dezembro de 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0407.htm#art15 . Acesso em: 21 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 1.306**, de 9 de novembro de 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1306.htm . Acesso em: 21 jun. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 109**, de 15 de março de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc109.htm . Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 127**, de 22 de dezembro de 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc127.htm . Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm . Acesso em: 21 jun. 2023.

BRASIL. **Lei 9.008**, de 21 de março de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9008.htm . Acesso em: 21 jun. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. **Relatório de Gestão do Exercício de 2021**. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/aceso-a-informacao/auditorias/RELATORIODEGESTAO2021_FINAL11042022.pdf/view . Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. **Relatório de Gestão do Exercício de 2022**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/aceso-a-informacao/auditorias/relatorio-de-gestao-2022-1>. Acesso em: 17 jun. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Editora SAFE, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al.* **Processo coletivo**: do surgimento à atualidade. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (livro eletrônico)

MOREIRA, Egon Bockman. *et al.* **Comentários a lei de ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NETO, Claudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais e o poder de reforma constitucional. *In: Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*: análise, crítica e contribuições. Coordenadores: Clêverson Merlin Clève, Alexandre Freire. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. **Revista de informação legislativa**, v. 39, n. 154, p. 269-299, abr./jun. 2002

Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/787> . Acesso em 07 jun. 2023.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

VITORELLI, Edilson. OLIVEIRA, Matheus Rodrigues (2019). O Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos e o desvio de finalidade na aplicação de seus recursos. **Revista De Direito Administrativo**, 278(3), 221–250. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80836/77260> . Acesso em 05 jun. 2023.

Submetido em 03.10.2024

Aceito em 10.10.2024