

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDA LISSA FUJIWARA HOMMA

**EXECUÇÕES JUDICIAIS PECUNIÁRIAS DE PROCESSOS COLETIVOS NO
BRASIL: ENTRE A *FLUID RECOVERY*, A *CY PRES* E OS FUNDOS**

CURITIBA

2017

FERNANDA LISSA FUJIWARA HOMMA

**EXECUÇÕES JUDICIAIS PECUNIÁRIAS DE PROCESSOS COLETIVOS NO
BRASIL: ENTRE A *FLUID RECOVERY*, A *CY PRES* E OS FUNDOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Relações Sociais, Linha de Pesquisa em Direito, Tutela e Efetividade, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestra em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Elton Venturi

CURITIBA 2017

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA LISSA FUJIWARA HOMMA

EXECUÇÕES JUDICIAIS PECUNIÁRIAS DE PROCESSOS COLETIVOS NO BRASIL: ENTRE A FLUID RECOVERY, A CY PRES E OS FUNDOS

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestra no curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____


Prof. Dr. Elton Venturi

Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

Universidade Federal do Paraná

(Por videoconferência)

Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida

Universidade de Itaúna

Curitiba, 06 de março de 2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à minha família pelo apoio incondicional. Pela paciência com as minhas ausências e o meu constante mau-humor e, principalmente, por todo incentivo e carinho. Faltam e sempre faltarão palavras para expressar tudo o que significam para mim, por isso, apenas registro meu absoluto amor e gratidão.

Às minhas amigas e amigos de longa data por todo companheirismo. Obrigada por perdoarem as ausências e sempre me proporcionarem tantas risadas, tornando tudo mais leve. Especialmente, Marina Buzetti e Henrique Xavier.

Agradeço às amigas e aos amigos que a Universidade Federal do Paraná trouxe para a minha vida, por todo incentivo e amizade. Tenho em vocês uma inspiração para mim. Principalmente, Isadora Michel, Camila Simm, Sabine Concienci, Bruna Nowak, Jacqueline Pereira e Thais Diniz.

Um agradecimento especial à Alessandra Lemos e à Carolina Chagas por me aguentarem nesses cinco anos mais dois. Acho que vocês, melhor do que ninguém, entendem o que foi esse tempo nas nossas vidas. Obrigada por serem sempre um ombro amigo, dividindo os desesperos e multiplicando as alegrias e terem tornando tudo mais leve.

Também, gostaria de agradecer as pessoas maravilhosas que tive a oportunidade de conhecer neste mestrado, em especial, o grupo não-oficial (agora oficial) de pesquisadores do processo civil. Obrigada por todas as conversas, discussões e pelo constante incentivo e amizade.

Agradeço ao meu orientador, professor Elton Venturi, por toda atenção, paciência com os meus desesperos e incentivo constante à pesquisa, desde à época da graduação. Foi uma alegria enorme ter sido – e ainda ser – sua orientanda. Tenho certeza de que eventuais virtudes deste trabalho só são devido à sua orientação; as eventuais falhas são, sobretudo, devido às minhas limitações.

Agradeço imensamente aos professores Gregório Assagra de Almeida e Sérgio Cruz Arenhart por se disporem a ler esta dissertação e integrarem a banca, apesar de todos os compromissos. É uma felicidade enorme ter a oportunidade de receber observações de expoentes da minha pesquisa.

Ao professor Sérgio Cruz Arenhart agradeço, ainda, por ter me aguentado durante todo esse tempo, desde a graduação. Por toda a atenção, auxílio e paciência com as minhas inúmeras incertezas e por ser uma constante inspiração para a mim (e para a todos que o conhecem) pelo seu compromisso com a docência e a pesquisa.

Agradeço, também, aos professores Daniel Wunder Hachem, Egon Bockmann Moreira e Eneida Desiree Salgado pelo constante incentivo à pesquisa, desde a época da graduação. Tenho-os sempre com gratidão e carinho.

Por fim, agradeço pela oportunidade de poder desenvolver esta pesquisa.

Without public access, one cannot know whether fair treatment is accorded regardless of status. Without publicity, judges have no means of demonstrating their independence. Without oversight, one cannot ensure that judges, tasked with vindicating public rights, are loyal to those norms. Without independent judges acting in public and treating the disputants in an equal and dignified manner, outcomes lose their claim to legitimacy. And without public accountings of how legal norms are being applied, one cannot debate the need for revisions. (Judith Resnik)

RESUMO

O objetivo deste trabalho consiste na análise da existência e do papel de uma reparação fluida dentro da execução de condenações pecuniárias envolvendo processos coletivos. Sabe-se que quando se trata da reparação de direitos coletivos há a preferência pela tutela específica, entretanto quando ela não for possível, a saída é a reparação pecuniária. Nesses casos, a legislação brasileira prevê que o montante oriundo deverá ser direcionado a um fundo que, por sua vez, cuidará da recomposição do bem jurídico. Também haverá reversão ao fundo quando se tratar de direitos individuais homogêneos e não houver habilitados para execuções individuais, em número suficientemente compatível com a gravidade do dano. Isso tem sido denominado pela doutrina de reparação fluida, ou *fluid recovery*, no original em inglês, em uma alusão à aplicação desse instituto no contexto das *class actions* do direito norte-americano. Assim, no primeiro momento, por meio da metodologia comparada, buscam-se explorar a configuração e aplicação desse instituto no sistema norte-americano, no qual ganha os contornos e denominação de *cy pres*. Também, analisa-se o atual destinatário do montante oriundo das condenações, que são os fundos administrativos, em especial o mais proeminente deles, e paradigma para os demais, que é o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). Entretanto verifica-se que há um abismo entre ambos os institutos. Inclusive, afirma-se que em uma análise comparada, a configuração dos fundos brasileiros seria mais parecida com a do CERCLA *Superfund* estadunidense, de modo que também se analisam brevemente a origem e configuração desse. Estabelecida a necessária diferenciação entre uma *fluid recovery* e uma destinação aos fundos, busca-se analisar, em apartado, as possibilidades que a análise comparada de cada um dos institutos pode contribuir para o aperfeiçoamento da tutela coletiva no Brasil.

Palavras-chave: execução de processos coletivos; *fluid recovery*; *cy pres*; Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD); CERCLA *Superfund*

ABSTRACT

The aim of this master's thesis is to analyze the existence and role of a fluid recovery within the execution of pecuniary convictions involving class actions. It is known that when it comes to restoring collective rights, there is a preference for specific injunctions, however when it is not possible, a way out is pecuniary reparation. In these cases, Brazilian Law says that the amount should be directed to a fund which, in turn, will take care of recomposing the legal asset. There will also be a reversion to the fund on cases involving individual homogeneous rights, when there are not enough individual executions compatible with the severity of the damage. This has been referred by the doctrine as *reparação fluida* or fluid recovery in English originally, in an allusion to its application in the class action context in the United States. Thus, primarily, using the comparative methodology, the configuration and application of this institute in the US system, where it is outlined and denominated *cy pres* it is sought to be explored. The current recipient of the amount resulting from the convictions, which are the administrative funds, are also analyzed, especially the most prominent of them, and a paradigm for the others, that is the Fund for the Defense of Diffuse Rights (FDD). However, there is an abyss between both institutes. Also, it is stated that in a comparative analysis, the configuration of the Brazilian funds would be more similar to the US CERCLA Superfund, so its origins and configuration are briefly analyzed as well. Having established the necessary differences between a fluid recovery and the allocation to the funds, the possibilities that a comparative study of each one of these institutes, separately, can contribute to the improvement of the protection of collective rights in Brazil are analyzed.

Key words: execution of class actions; fluid recovery; *cy pres*; Fund for the Defense of Diffuse Rights (FDD); CERCLA Superfund

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – EXECUÇÃO DE PROCESSOS COLETIVOS E A ORIGEM DA <i>FLUID RECOVERY</i>	4
1.1 AÇÕES COLETIVAS: DISPARIDADE ENTRE SUAS PROMESSAS E A EXECUÇÃO	4
1.1.1 AÇÕES COLETIVAS: ACESSO À JUSTIÇA E ECONOMIA PROCESSUAL	5
1.1.2 O PAPEL DA EXECUÇÃO NO PROCESSO (E NO PROCESSO COLETIVO?)	10
1.2 PANORAMA GERAL DA EXECUÇÃO DE PROCESSOS COLETIVOS NO BRASIL	13
1.2.1 A DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	14
1.2.2 A EXECUÇÃO-PADRÃO DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS	19
1.2.3 A EXECUÇÃO PADRÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	22
1.3 VÁLVULA DE ESCAPE DO SISTEMA E A <i>FLUID RECOVERY</i>	25
CAPÍTULO 2 – <i>CY PRES</i> E <i>FLUID RECOVERY</i>	28
2.1 A <i>CLASS ACTION</i> MODERNA E O PROBLEMA DAS CORTES COM A DESTINAÇÃO DA SOBRA	28
2.1.1 NÃO ADMISSÃO DA <i>CLASS ACTION</i> DE PLANO	33
2.1.2 REVERSÃO PARA O RÉU	33
2.1.3 REVERSÃO PARA O ESTADO (<i>ESCHEAT</i>)	35
2.1.4 DIVISÃO PRO RATA ENTRE OS MEMBROS HABILITADOS	37
2.1.5 A <i>CY PRES/FLUID RECOVERY</i> COMO VÁLVULA DE ESCAPE	39
2.2 A SUPOSTA DIFERENÇA ENTRE <i>CY PRES</i> E <i>FLUID RECOVERY</i>	41
2.3 A <i>FLUID RECOVERY</i>	42
2.3.1 FUNCIONAMENTO GENÉRICO DA <i>FLUID RECOVERY</i>	43
2.3.2 PROBLEMAS DA <i>FLUID RECOVERY</i> E PREFERÊNCIA PELA <i>CY PRES</i>	47
2.4 <i>CY PRES</i>	51

2.4.1 ORIGEM DO INSTITUTO: “O MAIS PRÓXIMO DO POSSÍVEL”	51
2.4.2 APLICAÇÃO NAS CLASS ACTIONS	56
2.5 CRÍTICAS A <i>CY PRES</i>	63
2.5.1 O PROBLEMA NOS ACORDOS COLETIVOS	63
2.5.2 DISCRICIONARIEDADE DAS CORTES, LOBBY E O PROBLEMA DO “PRÓXIMO MELHOR USO”	67
2.6 BREVE PANORAMA DA <i>CY PRES/FLUID RECOVERY</i> NOS SISTEMAS DE <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	71
2.6.1 <i>COMMON LAW</i> : INGLATERRA E CANADÁ	72
2.6.2 <i>CIVIL LAW</i> : ITÁLIA E ARGENTINA	74
CAPÍTULO 3 – O FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS (FDD)	79
3.1 O FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS: ORIGEM E FUNCIONAMENTO	79
3.1.1 REGULAMENTAÇÃO GERAL DOS FUNDOS FEDERAIS NO DIREITO BRASILEIRO.....	80
3.1.2 FUNCIONAMENTO DO FDD E ORIGEM DOS RECURSOS.....	84
3.1.3 O CONSELHO FEDERAL GESTOR DO FUNDO DE DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS (CFDD).....	91
3.2 PRINCIPAIS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS AO FUNDO	92
3.2.1 SUBMISSÃO À LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL (LOA).....	93
3.2.2 COMO É USADO O DINHEIRO? DISCREPÂNCIA ENTRE A ORIGEM E APLICAÇÃO DOS RECURSOS	95
3.2.3 POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO PARA O CUSTEIO DE PERÍCIAS	98
3.2.4 E OS FUNDOS ESTADUAIS?	100
3.3 AFINAL, É <i>FLUID RECOVERY</i> OU É OUTRA COISA?	102
CAPÍTULO 4 – CERCLA SUPERFUND.....	104
4.1 ORIGEM E FUNCIONAMENTO DO <i>SUPERFUND</i>	104
4.1.1 O PROBLEMA DOS RESÍDUOS TÓXICOS E O PÂNICO SOCIAL.....	105
4.1.2 DIRECIONAMENTO INÉDITO À LIMPEZA DOS LOCAIS AFETADOS	107
4.2 ALTO CUSTO, SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO E REGIME DE RESPONSABILIDADE.....	110
4.3 DUAS DAS PRINCIPAIS CRÍTICAS.....	118
4.3.1 CRÍTICA NA ESCOLHA DOS LOCAIS DE ATUAÇÃO	119

4.3.2 CRÍTICA NA DEMORA E QUALIDADE DA RECUPERAÇÃO	121
CAPÍTULO 5 – FLUID RECOVERY: POSSÍVEL RETORNO AO JUDICIÁRIO?	124
5.1 REPARAÇÃO FLUIDA NO BRASIL, OS FUNDOS E A EXECUÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS: TENTANDO APARAR AS PONTAS.....	124
5.2 POSSIBILIDADES PARA OS FUNDOS A PARTIR DA ANÁLISE COMPARADA.....	127
5.2.1 OS FUNDOS E AS EMERGÊNCIAS AMBIENTAIS	128
5.2.2 O FDD E UMA ATUAÇÃO PROSPECTIVA.....	131
5.3 POSSIBILIDADES PARA A <i>FLUID RECOVERY</i> A PARTIR DA ANÁLISE COMPARADA.....	134
5.3.1 O RETORNO DA FLUID RECOVERY AO JUDICIÁRIO	134
5.3.2 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO PRÁTICA DA FLUID RECOVERY EM EXECUÇÕES DE PROCESSOS COLETIVOS.....	139
5.4 ENTRE ALTERNATIVAS IMPERFEITAS E ESCOLHAS INSTITUCIONAIS	143
CONCLUSÃO.....	148
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	154

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Arrecadação do FDD.....	86
Tabela 2 - Arrecadações, multas e condenações do FDD	87
Tabela 3 - Multas, condenações e porcentagem de arrecadação.....	87
Tabela 4 - Outros interesses, multas, condenações e arrecadação.....	88
Tabela 5 - Ordem econômica, multas, condenações, arrecadação	89

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Arrecadação x Orçamento aprovado no FDD.....	94
Gráfico 2 - Número de projetos apoiados por ano.....	98
Gráfico 3 - Confiança nas Instituições.....	145

INTRODUÇÃO

Muito se fala nas potencialidades do sistema coletivo na tutela de direitos, em suas inovações em termos processuais e, principalmente, na possibilidade da proteção de interesses que antes não encontravam espaço no Judiciário. Porém, parece que não se discute na mesma medida a capacidade de desenvolvimento processual dessas ações e a efetividade de sua execução judicial.

Especialmente, parece ser necessário confrontar a maneira como vem sendo realizada a tutela executiva nos processos coletivos, por meio de sua aptidão para operar mudanças práticas na vida dos sujeitos, em especial, considerando-se que execução é um dos pontos de maior dificuldade dentro do processo, tanto nas demandas individuais quanto nas coletivas.

A fase executiva, em si, é muito complicada no sistema jurídico brasileiro e considerada, por muitos, um dos maiores entraves para a tutela adequada dos direitos; quando se fala em processos coletivos tudo se torna ainda mais delicado: interesses complexos, diversos sujeitos envolvidos, somas de dinheiro vultuosas.

De modo geral defende-se a preferência absoluta pela tutela específica, devido à própria natureza dos direitos envolvidos. Porém, não raro, ela é frustrada, de forma que resta a reparação pecuniária.

Nesses casos, afirma-se que o sistema criou uma válvula de escape ao prever a destinação de eventual montante oriundo de condenações em ações coletivas, ou valor residual após execução individual a fundos que, por sua vez, estariam encarregados de buscar a reparação dos bens jurídicos lesados. Essa seria a reparação fluida, inspirada no instituto norte-americano da *fluid recovery*. Busca-se reparar o bem jurídico e, ao mesmo tempo, evita-se que aquele que praticou a conduta ilícita retenha os ganhos. Problema aparentemente resolvido.

Entretanto, ao mesmo tempo surgem diversas outras questões: afinal, o que são esses fundos? Como se dá sua atuação? Ela vem sendo eficaz? Como é possível reparar um bem que não pode ser reparado (uma vez que se fosse possível, não haveria uma condenação pecuniária e sim a tutela específica)? Afinal, é uma *fluid recovery* conforme a inspiração norte-americana? Ou é outra

coisa? O que seria essa *outra coisa*? Qual o espaço que esse instituto tem, ou pode ter no sistema processual coletivo brasileiro?

Orientando-se por esses questionamentos e com um enfoque sobre a efetividade da execução dos processos coletivos é que este estudo se inicia.

Principia-se com um panorama da atual situação dos processos coletivos no Brasil, uma vez que, superado o primeiro momento de sua consolidação legislativa, parece ser necessário o debate mais verticalizado sobre algumas de suas inconsistências. Trata-se não apenas das diversas promessas anunciadas que estão longe de serem completamente concretizadas, mas, principalmente, sobre a configuração que lhe foi conferida pela doutrina e jurisprudência. Especial enfoque é dado à execução e à execução dos processos coletivos, à medida que se entende que a tutela executiva é fundamental para a satisfação do direito material.

Em um segundo momento é feita uma análise comparada da *fluid recovery* no sistema jurídico norte-americano, que é sua origem. Nesse sistema, mais do que a *fluid recovery*, utiliza-se especificamente o instituto da *cy pres* que tem origem nos *trusts* de caridade (*charitable trusts*). Assim, é fundamental a análise de como se deu o seu desenvolvimento e as principais críticas que sua utilização sofre nesse contexto.

Em seguida, analisa-se o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), referência para a análise dos fundos destinatários de condenações em ações coletivas no direito brasileiro, por ser aquele que tem mais recursos e uma regulamentação legislativa mais robusta e unificada. Trata-se de reparar em sua configuração, atentando para o seu funcionamento, origem e aplicação do montante que lhe é designado.

Novamente, pautando-se no estudo comparado, investiga-se o que a doutrina considera algo mais próximo da configuração dos fundos nas ações coletivas, que é o CERCLA *Superfund* do sistema estadunidense, fundo administrativo, vinculado à *Environmental Protection Agency* (EPA) que atua, especificamente, na questão dos resíduos tóxicos.

Por fim, busca-se fazer um balanço comparativo entre as possibilidades de um lado, dos fundos e, de outro, da *fluid recovery* – separam-se aqui ambas as figuras para que suas potencialidades possam ser analisadas em apartado.

Sobretudo, sempre tendo em mente que é uma escolha institucional entre duas alternativas, que são altamente imperfeitas.

Explica-se, desde já, que não há a pretensão de tentar esgotar os questionamentos que impulsionaram este estudo, tampouco de tentar respondê-los em definitivo. Entretanto, acredita-se que seja possível trazer alguns elementos para iniciar uma discussão sobre o tema.

CAPÍTULO 1 – EXECUÇÃO DE PROCESSOS COLETIVOS E A ORIGEM DA FLUID RECOVERY

Um ponto de grande importância no estudo da tutela jurisdicional coletiva é sua capacidade de efetivar a proteção do direito material. Quando se trata de um processo coletivo, sempre que não for possível evitar o dano, irá se prezar pela reparação integral e *in natura* do bem jurídico lesado. Entretanto, nem sempre isso é possível e, nesses casos, o próprio sistema acaba se munindo de salvaguardas para que a tutela não seja frustrada. Uma delas é justamente a existência de uma suposta reparação fluida no sistema brasileiro, que direciona as condenações pecuniárias oriundas de ações coletivas a um fundo, para que sejam empregadas da melhor maneira possível, atendendo aos objetivos preconizados pela legislação.

Nesse sentido, o objetivo deste capítulo reside em realizar uma breve exposição acerca do contexto em que se insere a reparação fluida no sistema jurídico brasileiro de processo coletivo. Assim, inicia-se com uma análise da ideologia fundante das ações coletivas, e seu conflito com um sistema processual eminentemente individualista. Em segundo momento passa-se ao plano de fundo do objeto de análise deste estudo, que é a execução, mais precisamente, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Por fim, analisam-se os desdobramentos da válvula de escape criada por esse sistema, por meio da *fluid recovery*.

1.1 AÇÕES COLETIVAS: DISPARIDADE ENTRE SUAS PROMESSAS E A EXECUÇÃO

A introdução das ações coletivas no sistema processual brasileiro foi considerada por muitos um grande avanço, à medida que ofereceu mecanismos aptos a possibilitar o acesso ao Judiciário de inúmeras causas, de uma forma racionalizada, visando à economia processual. Preza-se pelo tratamento aglutinado de demandas iguais, típicas de uma sociedade de massa orientando-se pela equidade dos provimentos jurisdicionais.

Além disso, se possibilita a tutela adequada de inúmeros direitos, como o do meio ambiente ecologicamente equilibrado, que não tinham amparo nos mecanismos processuais até então existentes. Sobretudo, o advento das ações coletivas aparece como uma quebra de um sistema que, anteriormente, era voltado apenas à tutela individual, sob clássica influência civilista.

Assim, é possível compreender a técnica processual como genuinamente aberta às novas realidades e como algo dinâmico ante as transformações operadas, tanto em seu objeto de tutela, o direito material, como em sua destinatária, que é a sociedade como um todo.¹

Entretanto, percebe-se que entre as potencialidades imaginadas na teoria e a prática das ações coletivas desenvolvida diuturnamente no Brasil, há uma enorme distância a ser percorrida. Os desafios são imensos e parecem aumentar crescentemente: desde impasses quanto à representatividade adequada, participação popular, produção de provas – incluindo-se aqui a realização de perícias complexas –, formação da coisa julgada, à própria definição do que seriam os direitos e interesses aptos a serem tutelados pela via coletiva.

Além disso, nos casos em que se supera a fase do conhecimento de uma ação coletiva e se passa à sua execução, na maioria dos casos ela é bastante problemática.

1.1.1 AÇÕES COLETIVAS: ACESSO À JUSTIÇA E ECONOMIA PROCESSUAL

Ao falar em ações coletivas, provavelmente as ideias que surgirão com mais força serão seu potencial de proporcionar uma via de acesso à Justiça às causas e pessoas que, de outro modo, provavelmente, não conseguiriam chegar ao órgão jurisdicional; a economia processual, à medida que reúne para julgamento processos que seriam tratados separadamente, poupando tempo e

¹ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 33.

recursos do Judiciário. Some-se a isso a possibilidade de conferir tratamento uniforme para causas iguais.²

De fato, a ação coletiva é um importante instrumento de acesso à Justiça. Se o sistema processual individual está fundado na proteção do sujeito de direito, que presumivelmente tem pleno acesso à tutela estatal, o processo coletivo, ao contrário, é orientado pela premissa de que os titulares dos direitos coletivos, por motivos de históricos, culturais, econômicos, políticos e técnicos não possuem meios de acesso e, tampouco, são incentivados a buscar a proteção do Judiciário.³

Desse modo, a ação coletiva busca concretizar, em grande medida, as linhas traçadas por Cappeletti e Garth em um dos mais famosos estudos sobre o tema do acesso à Justiça.⁴ Dentro de sua classificação de “ondas”, em que a primeira consistiria na assistência judiciária para aqueles com pouco ou nenhum recurso financeiro, a segunda onda seria a representação dos interesses difusos e, por fim, a terceira onda envolveria uma concepção mais ampla do acesso à Justiça, com especial atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar, ou mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Parece que a ação coletiva se encaixa perfeitamente como um exemplo dessa ambição.⁵

O tema da “justiça” não é pacífico e muito menos comporta definições estanques e imutáveis, trata-se de conceito poroso, que demanda assunção de forte carga ideológica pelo intérprete orientado pelos valores preconizados na Constituição.⁶ Nesse sentido, a questão do acesso à Justiça, no âmbito do processo coletivo parece estar direcionado, sobretudo, por um critério pragmático.⁷

² ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 124.

³ VENTURI, Elton. *Op. Cit.*, p. 106.

⁴ CAPPELETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

⁵ CAPPELETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 67-68.

⁶ OSNA, Gustavo. *“Direitos Individuais Homogêneos”? Relendo a coletivização instrumentalmente*. Curitiba, 2013. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná. f. 12.

⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.* p. 139.

Assim como também é extremamente pragmática sua aptidão de conferir um tratamento igual a causas iguais,⁸ uniformizando o entendimento judicial sobre certa demanda e, conseqüentemente buscando prezar pela higidez do sistema.

Com a fragmentação das ações, a causa também é fracionada e acaba não sendo, de fato, decidida por nenhum dos juízes de primeiro ou de segundo grau, uma vez que será apreciada, simultaneamente, por diversos julgadores diferentes.⁹ A ação coletiva busca justamente ir em contramão, aglutinando as ações desde sua propositura.

Por fim, a ação coletiva possibilita a economia processual e racionaliza a prestação jurisdicional; trata-se de uma economia no aspecto quantitativo, à medida que reduz o número de ações que correm no Judiciário e evita que sejam constantemente revistas, em novas ações, questões já resolvidas. Também, no aspecto qualitativo, concentrados os casos, é possível que a produção de provas seja mais completa, as perícias realizadas mais apuradas e as partes envolvidas estejam em condição de maior paridade.¹⁰

Por tudo isso, é possível considerar a ação coletiva como uma revolução científica dentro da tutela coletiva,¹¹ que traz consigo a necessidade da elaboração de novas diretrizes, princípios, métodos e objetivos para que se possa construir uma tutela jurisdicional coletiva eficaz. Entretanto, é justamente nesse ponto que se encontra uma das maiores dificuldades desse sistema.

Desde o início, um dos argumentos mais frequentes contra a introdução das ações coletivas no Brasil, assim como em outros países de *civil law*, foi a de que direitos coletivos não se encaixam nos padrões individualistas tradicionais expostos pelos juristas europeus do século XIX, que sofreram grande influência

⁸ É bastante controverso verificar até que ponto as causas podem ser consideradas iguais o suficiente para efeitos de coletivização, não só em relação à ação coletiva, mas também ante à introdução do IRDR com o Novo Código Civil. Além disso há controvérsias sobre até que ponto aquele que atua como representante da classe é o mais apto para isso. Sobre isso algumas obras: GIDI, Antonio. A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta. *Revista de Processo*, vol. 108, n. 61, p. 61-70, 2002. MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva: Decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁹ Inclusive, o professor Aluísio Gonçalves Castro Mendes reforça que desse modo, apenas o pronunciamento dos tribunais superiores passará a ter relevância, sob o ponto de vista da solução do conflito. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 34.

¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 124-127.

¹¹ VENTURI, Elton. *Op. Cit.*, p. 24.

do Código Napoleônico. A razão era que se todos os direitos devem pertencer a alguém, e os direitos coletivos, assim como os interesses do meio ambiente supostamente não pertenciam a ninguém, não poderiam ser demandados em litígio ante ao Judiciário.¹²

Os defensores desse sistema continuam tendo dificuldade para superar esse obstáculo conceitual, particularmente porque se vê o direito como uma ciência e apoia-se em sua sistematização lógica. Assim, os direitos e necessidades sociais que não se encaixam dentro de conceitos tradicionalmente pré-estabelecidos não são levados em consideração.¹³

Esse sistema legal claramente não estava preparado para lidar com conflitos coletivos, ou mesmo com conflitos de massa inerentes à sociedade moderna. Para poder responder à preocupação crescente dos interesses de grupo, a mera adaptação de normas já existentes não era suficiente. Era necessário superar os velhos dogmas e construir novo sistema de direito material e processual que pudesse responder às necessidades de uma nova configuração social.¹⁴

Assim, mesmo sendo uma necessidade latente, o processo coletivo surgiu dentro de uma estrutura que não estava preparada para recepcioná-lo adequadamente e, muitas das reações que sua implementação sofreu, e sofrem, envolvem, sobretudo, a barreira cultural.

Os processos de resolução de litígios são, em grande medida, reflexo da cultura em que estão inseridos; assim, não são um sistema autônomo, produto de especialistas e experts isolados. Ao contrário, são instituições por meio das quais a vida social e cultural é mantida, provocada e alterada.¹⁵

Isso significa que os modos de resolução de litígios nunca são absolutamente neutros em relação aos grupos sociais, mesmo que eles sejam indiferentes em relação aos indivíduos envolvidos na disputa. Aqueles que

¹² GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: Um modelo para países de derecho civil*. Trad. Lucio Cabrera Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 46.

¹³ GIDI, A. *Idem*, p. 47.

¹⁴ Para estudo aprofundado uma obra fundamental é a do professor Gregório Assagra de Almeida: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁵ CHASE, Oscar. *Direito, cultura e ritual: Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 21.

decidem os litígios, e os mecanismos que usam para decidir, invariavelmente, privilegiarão ou prejudicarão diferentes setores da sociedade.¹⁶

A criação e desenvolvimento legislativo e doutrinário da ação coletiva no Brasil reflete essa dinâmica. Desde a promulgação da Lei da Ação Popular (Lei n.º 4.717 de 1965),¹⁷ primeira legislação a conferir ao cidadão a prerrogativa de tutela de um direito coletivo, o patrimônio público, é possível afirmar que se inaugurou o microsistema de processos coletivos do Brasil. Ao mesmo tempo, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, nesses casos, seria fundamental a formação de litisconsórcio passivo necessário, com a imprescindível citação de todos os sujeitos que pudessem integrar o polo passivo da ação,¹⁸ tomando-a quase inviável processualmente.

Passa-se pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347 de 1985),¹⁹ legislação de maior relevância ao sistema de processos coletivos do Brasil, mas que teve muito de sua eficácia original retalhada pela Medida Provisória n.º 2.180-35 de 2011 que retirou de seu âmbito de tutela matéria tributária, contribuição previdenciária, FGTS e outros, além da posterior limitação territorial da coisa julgada em ações coletivas ao órgão prolator da decisão.

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078 de 1990)²⁰ que consolidou a possibilidade de tutela dos interesses individuais homogêneos, mas ao mesmo tempo manteve a execução individual por iniciativa da parte.

Assim, entre influenciar e ser influenciada pelo entorno cultural, parece que a ação coletiva ainda tem um longo caminho para se firmar como técnica efetiva, e cumprir as promessas feitas à época de sua inserção no sistema processual brasileiro. Sobretudo, o presente estudo busca focar seus desdobramentos na execução das ações coletivas.

¹⁶ CHASE, O. *Idem*, p. 23.

¹⁷ BRASIL, Lei n.º 4.717 de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*. Brasília. 1965. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4717.htm > Acessado em 5 fev. 2017.

¹⁸ Apenas a título de ilustração apresentam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: STJ, 1ª Turma, REsp 480.712/SP, rel. Min. Teori Zavaski, DJ 20.06.2005; STJ, 2ª Turma, REsp 931.528/SP, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 02.12.2009; STJ, 5ª Turma, REsp 1,095,370/SP, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 03.08.2009.

¹⁹ BRASIL, Lei n.º 7.347 de 1985. 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 (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília. 1985.

²⁰ BRASIL, Lei n.º 8.078 de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília. 1990.

1.1.2 O PAPEL DA EXECUÇÃO NO PROCESSO (E NO PROCESSO COLETIVO?)

Sabe-se que o juiz ao resolver o litígio, nem sempre presta a tutela do direito material: mesmo que o autor obtenha uma sentença favorável, não necessariamente ele terá a tutela do direito. Porque a sentença é uma técnica processual que não se confunde com a tutela do direito; muitas vezes não é suficiente por si só, sendo necessária a conjugação da tutela executiva.²¹

Parece que essa possibilidade de modificar o mundo dos fatos é algo latente na função jurisdicional executiva, momento no qual o Judiciário, com o poder legitimamente conferido pelo Estado, garante que o sujeito cumpra suas obrigações.²² Trata-se, assim, de uma atividade jurisdicional de transformação da realidade.²³

Desse modo, em geral, ao se falar de execução, o vocábulo alude imediatamente ao conjunto de atos estatais ordenados à efetivação de determinado provimento executivo, judicial ou extrajudicial, formado para a tutela jurisdicional dos interesses em jogo, além da efetivação das medidas liminares.²⁴ Entretanto, apenas isso parece ser uma definição um pouco reducionista.

Se por um lado se percebe a execução é o momento em que os atos jurisdicionais caminham para o efetivo cumprimento da decisão judicial, por outro lado, é fundamental que lhe seja dada a necessária atenção e se recupere a complexidade do problema da tutela executiva, como momento essencial da tutela jurisdicional dos direitos.²⁵

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 23.

²² ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 89.

²³ CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. In: ARRUDA ALVIM [et al] (Coord.). *Execução Civil e temas afins – Do CPC/1973 ao Novo CPC: Estudos em Homenagem ao Professor Araken de Assis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 14.

²⁴ ALMEIDA, Gustavo Milaré. Críticas e propostas à execução de interesses individuais homogêneos. In: ARRUDA ALVIM [et al] (Coord.). *Execução Civil e temas afins – Do CPC/1973 ao Novo CPC: Estudos em Homenagem ao Professor Araken de Assis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 475.

²⁵ TARUFFO, Michele. A Atuação Executiva dos Direitos: Perfis Comparados. In: TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: Ensaio*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 86.

Parte de nossa doutrina inclui no conceito de execução apenas aqueles atos que configurem atuação direta da vontade sancionadora da lei, entendendo como atos de simples aperfeiçoamento da sentença aqueles que, embora tendentes a produzir os resultados práticos do adimplemento, não constituam invasão da esfera jurídica do devedor.²⁶

Entretanto, o conceito de execução deve ser colocado sob acepção mais ampla, englobando todos aqueles atos, jurisdicionais ou não, que tenham por finalidade a satisfação de determinada obrigação.²⁷

Ademais, é importante destacar o fato de o próprio conceito de execução ter acabado se descolando um pouco do conceito de jurisdição. Porque esse, legado do direito romano tardio, pressupunha distinção radical entre a função declaratória do direito, e os provimentos que o magistrado poderia utilizar ao impor uma ordem a ser cumprida pelo demandado.²⁸ O pensamento moderno, ao conceber a jurisdição como declaração de direitos, separando julgamento e ordem parece demonstrar um apego excessivo a esse pressuposto teórico.²⁹

É possível apontar pelo menos dois fatores determinantes da revisão doutrinária que se inicia ante a suposta “crise do processo executivo”: a demanda por efetividade do direito, que acaba concentrando-se no processo executivo; e a prevalência que o direito processual exerce sob o direito material, à medida que acaba sujeitando todas as pretensões e ações de direito material ao tratamento uniforme do procedimento ordinário da ação condenatória.³⁰

O professor Ovídio Baptista da Silva ilustra perfeitamente a ligação do papel da execução no processo e a ideologia racionalista, que ainda influencia sobremaneira o ordenamento jurídico brasileiro. Afirma que o que se oculta sob a permanência do modelo racionalista no processo civil traduzida pela separação entre o conhecimento e a execução – como se fossem categorias separadas e até antagônicas – e a suposição de que o processo tem a missão de estabelecer a verdade definitiva contida na lei, como se fosse função da jurisdição revelar o certo e o errado na sociedade, é a resistência inconsciente em admitir que,

²⁶ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 240-241.

²⁷ SALLES, C. A. de. *Idem*, p. 242.

²⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 31.

²⁹ SILVA, O. A. B. da. *Idem*, p. 33.

³⁰ SILVA, O. A. B. da. *Idem*, p. 47.

diferentemente do momento histórico do Iluminismo, vivemos o momento de profunda crise política e social e, acima de tudo, existencial.³¹

Nesse sentido, é essencial atentar que as próprias medidas executivas, mesmo em forma específica, comportam variável grau de efetividade da atividade jurisdicional, empregando providências diferentes para obter os resultados práticos – objetivo da execução.³²

Entretanto, é fundamental perceber que o que mudou não foi tanto a técnica executiva, mas a orientação do Judiciário, que em geral, tem sido mais favorável à escolha de provimentos que demandam o adimplemento específico, em vez do mero ressarcimento do dano.³³

Assim, frequentemente, a tutela judicial executiva por meio de seus próprios meios alcança a definitiva satisfação da pretensão formulada em juízo. Em outras situações, são necessárias técnicas sub-rogatórias, que substituem a vontade do prestador original, ou mesmo o uso de medidas coercitivas, que visam a atuar sobre a vontade do sujeito de modo que ele realize o provimento em questão. Trata-se aqui da possibilidade do uso de técnicas que atuam tanto sobre o patrimônio do sujeito, quanto sobre sua vontade.

Ademais, com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105 de 2015,³⁴ é fundamental levar em consideração a atipicidade das formas executivas. Em que pese os artigos desse diploma legal que tratem especificamente do cumprimento de sentença, indiquem forte tendência do legislador à estrita tipicidade dos meios aptos à prestação da tutela executiva, o artigo 139, IV,³⁵ localizado dentre os poderes do juiz, permite ao magistrado utilizar-se de todos os meios necessários, inclusive de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para cumprir a decisão judicial, não mais se atendo apenas à sentença condenatória.

Afirma-se que essa foi importante abertura dentro do tradicional sistema de execução brasileiro, que pode valorizar a efetividade da decisão judicial e

³¹ SILVA, O. A. B. da. *Idem*, p. 209.

³² SALLES, Carlos Alberto de. *Op. Cit.*, p. 244.

³³ TARUFFO, Michele. *Op. Cit.*, p. 93.

³⁴ BRASIL, Lei n.º 13.105 de 2015, Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2015.

³⁵ BRASIL. Lei 13.105/2015. Art. 139. IV - Determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

oferecer importante mecanismo para a proteção dos direitos de modo a suprimir muitos dos defeitos da fase executiva dos processos.³⁶

Assim, parece adequado conceber a execução, e a própria tutela executiva, como um complexo conjunto de atos, cuja complexidade é proporcional às dificuldades que se podem antever em cada tipo de execução e sua atuação.³⁷

Nesse sentido, o processo de execução que, em geral, já é bastante complicado por envolver a intervenção coativa do Estado sobre o sujeito, torna-se ainda mais complexo quando dentro dos processos coletivos. Os valores são enormes, os sujeitos envolvidos são muitos e, na maioria das vezes, a condenação pecuniária é a pior das opções para reparação de um dano, considerando-se o direito envolvido.

Especialmente para que a ação civil pública cumpra seu papel de defesa dos direitos coletivos, a execução das decisões judiciais tem papel fundamental, uma vez que é nela que se podem aferir os resultados de um processo em sua dimensão prática. Nesse campo, a efetividade do processo coloca-se vinculada a resultados práticos, servindo de importante referencial para a maneira pela qual os agentes moldam sua conduta por meio de determinada tutela elegida.³⁸

1.2 PANORAMA GERAL DA EXECUÇÃO DE PROCESSOS COLETIVOS NO BRASIL

A tutela executiva no Brasil é bastante problemática, especialmente ao tratar da execução das ações coletivas. Atualmente ela se realiza por meio de uma distinção fundamental: há regras específicas para a execução dos processos que tratam dos direitos difusos e coletivos *strictu sensu* e outras que tratam especificamente dos direitos individuais homogêneos.³⁹

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 774-775.

³⁷ SALLES, Carlos Alberto de. *Op. Cit.*, p. 250.

³⁸ SALLES, Carlos Alberto de. Execução específica e a Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 86.

³⁹ NOLASCO, Rita Dias. Contornos nucleares da Execução Coletiva. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.) *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 434.

Por essa razão, para a exposição deste tópico optou-se por esta divisão: de um lado a execução dos direitos difusos e coletivos e do outro a execução dos direitos individuais homogêneos. Não se ignora, entretanto, a necessária crítica a essa classificação. Ainda que necessária à época para racionalização dos conceitos e consolidação do processo coletivo, mostra-se, muitas vezes, como entrave para a efetivação dos direitos.

Nesse sentido, parece correta a aceção de que ante a esse sistema de proteção, o direito brasileiro possui uma legislação que, se adequadamente interpretada, pode prestar uma série de tutelas – e não uma só, como alguém poderia supor ao ouvir falar em “tutela coletiva”.⁴⁰

1.2.1 A DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

No primeiro momento, é importante destacar que a distinção conceitual entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é bastante árida e não há um consenso doutrinário a seu respeito, mesmo que ela tenha como base a própria legislação. Trata-se, sobretudo do resultado de simplificações de temas complexos que se fizeram necessários à época, mas que devem ser retomados no estágio atual em que o sistema de processo coletivo se encontra.⁴¹

Além disso, é importante justificar as escolhas terminológicas do presente trabalho. Opta-se aqui pelo termo *direito* em vez de *interesse*⁴² e *difuso* em vez de *metaindividual* ou *transindividual*,⁴³ sem ignorar a importante discussão a esse respeito, mas que correria o risco de ficar incompleta dentro

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 84.

⁴¹ VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JR, Hermes. *Coleção repercussões dos Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 51.

⁴² Um autor que utiliza preferencialmente o termo “interesse” em vez de “direito” é Rodolfo de Camargo Mancuso, em: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para agir*. 8. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁴³ Marcelo Abelha Rodrigues defende abertamente que antes que “difuso” deveria se falar em “plurindividual”, em: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Outros autores entendem que a terminologia mais correta seria “transindividual”, conforme: ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

do presente estudo.⁴⁴ Além disso, os termos *processo coletivo* e *direitos coletivos* utilizados de maneira recorrente, estão em seu sentido *lato*, referindo-se aos direitos difusos, coletivos *strictu sensu*, e individuais homogêneos; abrange, portanto, todas as categorias genericamente.

Em seguida, passa-se à breve análise sobre a distinção conceitual entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Parte da doutrina entende que há uma diferença essencial entre os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Afirma-se tal separação advém do próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078 de 1990) que, em seu artigo 81, parágrafo único,⁴⁵ define-os de maneira apartada.

Basicamente, a legislação enuncia que os direitos difusos têm natureza indivisível e são titularizados por sujeitos indeterminados, ao passo que os direitos coletivos também possuem a nota de indivisibilidade, mas seus titulares são um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária. Parece que a distinção entre os direitos difusos e coletivos *strictu sensu* se daria, sobretudo, por intermédio da determinabilidade de seus titulares. Dessa forma, os direitos coletivos seriam mais organizados do que os direitos difusos, em termos de titularidade.

Assim, há supostamente, uma diferença ontológica entre ambos, pois enquanto o direito coletivo estaria diretamente ligado ao atendimento de um interesse privado e exclusivo de uma coletividade que quase sempre se organiza, o direito difuso possuiria uma veia pública, não exclusiva, heterogênea e plural.⁴⁶

⁴⁴ Fundamental nesse ponto é: VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de Lei n. 5.130-2009. In: GOZZOLI, Maria Clara. CIANCI, Mirna. CALMON, Petrônio. QUARTIERI, Rita. (Coord.). *Em Defesa de um Novo Sistema de Processos Coletivos: Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁵ BRASIL. Lei n.º 8.078/1995. Art. 81. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: 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.

⁴⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 40.

Inclusive, devido a essa característica, para se tutelarem os direitos difusos, não seria possível impor a exigência de organização, ou seja, que eles se apresentem agregados em torno de um ente, pois com isso, se correria o risco de deixá-los sem tutela.⁴⁷

Quanto aos direitos individuais homogêneos, o CDC apenas dispõe que decorrem de origem comum, o que leva ao entendimento de que são direitos individuais que, por terem origem comum, podem ser tratados de maneira coletiva.

Nesse sentido, parte da doutrina, como os professores Sergio Cruz Arenhart,⁴⁸ e Teori Albino Zavaski⁴⁹ afirmam que os direitos individuais homogêneos são, substancialmente, direitos individuais enfeixados para tratamento coletivo. Sob o prisma do direito material, portanto, permanecem com sua natureza própria e individual – o que os diferencia é a forma de tutela – que é coletiva devido ao direito processual.⁵⁰

Entretanto, há uma relevante divergência doutrinária a esse respeito. Outra parte da doutrina, encabeçada pelos professores Alcides Munhoz da Cunha,⁵¹ Hermes Zaneti Jr.⁵² e Elton Venturi⁵³ entende que os direitos individuais homogêneos são direitos com conteúdo material, categoria diversa dos direitos difusos, coletivos e individuais. Assim o seriam por serem interesses

⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para agir*. 8. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 151.

⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁴⁹ ZAVASKI, Teori Albino. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. *Revista de Processo*, n. 78, p. 32-49, 1995.

⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 134.

⁵¹ CUNHA, Alcides Munhoz da. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. *Revista de Processo*. n. 77.p. 224-235, 1995.

⁵² ZANETI JR, Hermes. Direitos Coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos. In: Guilherme Rizzo Amaral; Márcio Louzada Carpena. (Org.). *Visões Críticas do Processo Civil Brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 227-244.

⁵³ Elton Venturi demonstrou posição alinhada a primeira corrente na obra: VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007. Entretanto, modificou seu posicionamento em: VENTURI, Elton. O problema da representação processual das associações civis na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do STF. *Revista de Processo*, v. 255, p. 277-290, 2016.

coordenados e justapostos para a obtenção do mesmo bem, cuja utilidade é indivisível, especialmente na fase processual de conhecimento.⁵⁴

Ainda que seja uma discussão de extrema importância, não caberia sua pormenorização neste estudo. Entretanto, uma conclusão parcial que se pode retirar é a que ambas as visões têm como norte o adequado tratamento dos direitos individuais homogêneos, por meio de uma distinção conceitual fundamental. Enquanto a visão material busca imprimir a esses direitos uma roupagem especial, a visão processual pauta-se, sobretudo, por um critério pragmático, que busca imprimir maior racionalização na atividade jurisdicional.⁵⁵ Assim, definir um direito como individual homogêneo, ou não, é verificar se sua aglutinação é viável e, em que a medida, ela é adequada para a prestação jurisdicional.⁵⁶

Além disso, parte da doutrina critica tal classificação, alegando a ausência de sua utilidade prática. O professor Edilson Vitorelli, por exemplo, afirma que é necessária a superação dos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, substituindo-os por tipos de litígios, construídos por meio da sociedade que os titulariza, e das características da lesão.⁵⁷

Assim, uma classificação que faria mais sentido, sob o ponto de vista sociológico seria a divisão em: (i) litígios de difusão global, em que uma lesão não atinge de modo especial qualquer pessoa, de forma que sua titularidade é imputada à sociedade entendida como estrutura, ou (ii) litígios de difusão local em que a violação atinge de modo específico comunidades entendidas como grupos de reduzidas dimensões com afinidade social, emocional e territorial, com alto grau de consenso interno; por fim, os (iii) litígios transindividuais de difusão irradiada, ou megaconflitos, a lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas, entretanto não formam uma comunidade e não serão atingidas nem da mesma forma e nem com a mesma intensidade pelo resultado do litígio.⁵⁸

O professor Antonio Gidi, por sua vez, afirma que a existência de uma definição legal dos direitos de grupo por meio de lei, com uma classificação

⁵⁴ CUNHA, Alcides Munhoz da. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. *Revista de Processo*. n. 77, p. 224-235, 1995. p. 233.

⁵⁵ ARENHART, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 145.

⁵⁶ OSNA, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 72.

⁵⁷ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 73.

⁵⁸ VITORELLI, E. *Idem*, p. 76-94.

tripartite é problemática e põe o direito brasileiro numa posição peculiar no contexto do direito comparado.⁵⁹

Afirma-se que essa classificação seria fruto de uma teorização artificial e abstrata realizada pela doutrina italiana quando, na década de setenta e oitenta, tentava compreender o fenômeno inédito das demandas coletivas norte-americanas. Entretanto, esses conceitos, além de não encontrarem aplicação prática no direito positivo brasileiro, também não encontram correspondência nos Estados Unidos, que era a realidade que os autores italianos queriam originalmente retratar.⁶⁰

Alie-se isso a própria configuração dos direitos fundamentais. Atualmente, afirma-se que eles possuem um duplo caráter: tanto subjetivo quanto objetivo, ou seja, há multifuncionalidade nos direitos fundamentais que dirigem ao Estado uma plêiade de deveres jurídicos distintos. Algumas dessas pretensões, ligadas a um único direito fundamental, são titularizadas por indivíduos determinados e singularmente considerados, ao passo que outras, decorrentes do mesmo direito, gozam de titularidade transindividual (relacionada a um grupo determinado ou a uma coletividade indeterminável).⁶¹

Assim, considerando-se o direito fundamental como um todo, em seu sentido amplo, é possível afirmar que todos eles, independentemente da classificação doutrinária que lhes foi atribuída (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais, etc.), exibem simultaneamente titularidade individual e transindividual, já que algumas das pretensões que deles derivam se enquadram na primeira hipótese e outras na segunda.⁶²

A complexidade que envolve os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos reflete-se não somente em sua conceituação, mas também em sua tutela, seja pela via legislativa, administrativa ou jurisdicional. Especialmente no campo jurisdicional, parece acertado orientar-se pela efetividade da sua proteção, independentemente da forma mais apropriada de se encarar a

⁵⁹ GIDI, Antonio. *Rumo a uma Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 201.

⁶⁰ GIDI, A. *Idem*, p. 202.

⁶¹ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, p. 618-688, 2013. p. 647.

⁶² HACHEM, D. W. *Idem*, p. 647.

classificação dos direitos em categorias abstratas,⁶³ especialmente com a escolha de tutelas eficientes e adequadas à sua proteção.

1.2.2 A EXECUÇÃO-PADRÃO DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

Conforme orientado pela doutrina, é possível colocar lado a lado a execução dos direitos difusos e coletivos devido à semelhança dos procedimentos a serem adotados em ambos os casos.

Assim, é importante destacar que tanto os direitos difusos, quanto os direitos coletivos *strictu sensu* possuem um cunho transindividual, caracterizados, principalmente, por sua indivisibilidade, sua indisponibilidade e sua essência não patrimonial que refletem imensamente na forma de sua execução.⁶⁴

Porque sua eventual lesão, a princípio, não permite valoração econômica, mesmo ante a forte tendência de monetarização das relações sociais.⁶⁵ Assim, afirma-se que a melhor forma de tutela é a preventiva, que atue de maneira a evitar que a lesão aconteça; e específica: caso haja a lesão, que ela seja reparada *in natura* e integralmente, de modo que se preserve a natureza do direito mantendo-o integral para todos os seus titulares.⁶⁶

Sobretudo, uma característica fundamental da execução dos direitos difusos e coletivos é a sua obrigatoriedade, de modo que o legitimado coletivo não pode abrir mão de executar a decisão em prol dos representados.⁶⁷ Inclusive, mesmo nos casos de sua omissão, há expressa previsão legal⁶⁸ que

⁶³ VENTURI, Elton. *O problema da "representação processual" das associações civis na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do STF*. Artigo inédito. p. 4.

⁶⁴ VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 94.

⁶⁵ Trata-se de uma discussão complexa, porém, uma obra que poderia inicia-la é: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. E SANDEL, Michael J. *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*. New York: Farrar, Straus & Giroux Inc, 2012.

⁶⁶ VENTURI, Elton. *Op. Cit.* p. 94.

⁶⁷ VENTURI, E. *Idem*, p. 106.

⁶⁸ Previsões na Lei da Ação Popular: BRASIL. Lei n.º 4717/1965. Art. 16. Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave. E Lei da Ação Civil Pública: BRASIL. Lei 7347/1985. Art. 15. Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

reforça essa especial qualidade, à medida que prevê que a execução deverá ser promovida por representante do Ministério Público.

Assim, na proteção de bens coletivos, as medidas judiciais adotadas deverão manter ou restaurar suas características fundamentais, garantir sua utilização em iguais condições de qualidade e quantidade, para todos os seus titulares. A manutenção dessas características só pode ser feita por meio da inteira recomposição do bem lesado, sob pena de não contemplar a pluralidade de interesses a ele ligados.⁶⁹

O equivalente pecuniário demonstraria um fracasso, por não ir ao encontro da própria natureza do bem coletivo e não se mostrar como compensação adequada a todos os interesses indiretamente afetados pela lesão ao bem comum,⁷⁰ incluindo-se aqui as futuras gerações.

Nesse ponto, é fundamental mencionar a importância da tutela inibitória, cujo objetivo é, justamente, a operacionalização da tutela apta a atuar antes da violação de direito, de maneira a mantê-lo íntegro e impedir eventual lesão.⁷¹

Afirma-se que para a proteção inibitória é essencial tanto que o magistrado tenha condições de impor ao sujeito a adoção de certo comportamento, quanto a viabilização de um procedimento célere o suficiente para que um provimento seja dado antes da ocorrência da violação do direito, com a outorga de proteção provisória e satisfativa. Assim, utiliza-se a técnica da tutela inibitória nos casos de lesão iminente, sem que se comprometa uma posterior avaliação da decisão, com observância integral do contraditório da devida instrução.⁷²

Nesse tipo de tutela, para evitar o ilícito, é necessária não somente a abstenção e tolerância, mas frequentemente, a adoção de alguma obrigação positiva, uma prestação que tenha capacidade de impedir a violação do direito. Dessa maneira, afirma-se ser possível obter a tutela inibitória por três espécies de prestações: (i) a prestação de abstenção (não fazer), (ii) a prestação de tolerar

⁶⁹ SALLES, Carlos Alberto de. Execução específica e a Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 86.

⁷⁰ SALLES, C. A. de. *Idem*, p. 87.

⁷¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfil da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 190.

⁷² ARENHART, S. C. *Idem*, p. 219-220.

(deixar que alguém faça algo) e por fim, (iii) a prestação positiva de ação, fazer algo.⁷³

Além disso, fala-se que no caso de danos a direitos difusos, o legitimado coletivo não pode simplesmente fazer uma opção entre o ressarcimento em pecúnia ou o ressarcimento na forma específica e é obrigatória a opção por essa.⁷⁴

Nesse sentido são especialmente importantes as provisões sobre a tutela específica, obrigações de fazer e não fazer, presentes tanto no Código de Defesa do Consumidor, notadamente no art. 84 e no Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105 de 2015), nos artigos 536 a 538.⁷⁵ Trata-se da possibilidade de utilizar provimentos de ordem mandamental e executiva visando à atuação prática mais adequada à tutela do direito.

O comando judicial emitido na sentença dificilmente poderá abranger todos os inúmeros elementos fáticos e técnicos envolvidos na situação de fato e na providência destinada a atender integralmente o provimento reclamado, deixando para a execução importante espaço decisório.⁷⁶ Em geral, é necessária uma série de atos coordenados.

Na maior parte das ações coletivas, as ordens judiciais cuidam de situações somente sanáveis com medidas de execução prolongada, como no caso de reconstituição de cobertura florestal, ou mesmo dos procedimentos necessários para sanar vício de segurança de um veículo ou outro produto ou mesmo a adequação de um serviço público a padrões aceitáveis.⁷⁷

Diante disso, a execução passa a adquirir características bastante peculiares, exigindo do juízo um envolvimento muito maior do que em casos comuns, inclusive pela necessidade de outorga de responsabilidades para órgãos auxiliares e de supervisão e acompanhamento prolongado das atividades executivas.⁷⁸ Nesse sentido, são fundamentais os estudos sobre as decisões ou processos estruturantes que, por meio de uma sistemática completamente

⁷³ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 223.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 326.

⁷⁵ Sobre isso ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2000 e TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art.84)*. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁷⁶ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução específica e a Ação Civil Pública*, p. 89.

⁷⁷ SALLES, C. A. de. *Idem*, p. 89.

⁷⁸ SALLES, C. A. de. *Idem, ibidem*.

diferente do processo tradicional tem como escopo, justamente, a atuação jurisdicional na reforma de instituições complexas.⁷⁹

Entretanto, na eventualidade dessas tutelas serem frustradas por algum motivo, é possível operar a reparação por meio da tutela ordinária, com seu procedimento de liquidação e execução forçada, como meio de assegurar que, ante eventuais violações do direito haja a possibilidade de sua reparação, mesmo que monetariamente.⁸⁰

Nesses casos, a execução pecuniária de direitos difusos e coletivos segue o procedimento padrão de execução, havendo a necessidade de um título executivo líquido e certo. Pode passar por eventual fase de liquidação⁸¹ e na fase executiva procura-se atribuir ao credor exatamente o conteúdo da obrigação definida no título.⁸²

1.2.3 A EXECUÇÃO PADRÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A sistemática atualmente adotada está prevista nos artigos 95 a 100 do Código de Defesa do Consumidor. O procedimento padrão que se desenvolve é que a sentença fixe genericamente a responsabilidade dos réus pelos danos causados, sendo que as vítimas, seus sucessores ou demais legitimados em lei poderão promover a liquidação e execução dessa sentença.

Nesse sentido, é possível afirmar que ela consiste no procedimento especial estruturado sob a fórmula de repartição da atividade jurisdicional em duas fases: uma, que constitui o objeto da ação coletiva, na qual a cognição se

⁷⁹ No direito nacional fundamentais os estudos de: ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 38, n. 225, p. 389–410, 2013. JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 213 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná. VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: Juspodivm, 2013. Na doutrina internacional ver: FISS, OWEN. The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, 1979 e CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.281-1.316, 1976. EISEMBERG, Theodore. YEAZELL, Stephen C. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, p. 465-517, 1980.

⁸⁰ VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*, p. 96.

⁸¹ Sobre liquidação em ações coletivas ver: PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: LEJUS, 1998.

⁸² VENTURI, E. *Op. Cit.*, p. 103.

limita às questões fáticas e jurídicas que são comuns à universidade dos direitos demandados; e outra, a ser promovida em uma ou mais ações posteriores, propostas em caso de procedência da ação coletiva em que a atividade cognitiva é complementada, mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados.⁸³

O professor Teori Albino Zavaski chega a afirmar que essa primeira fase seria a “ação coletiva propriamente dita” em que as questões enfrentadas são as relativas ao núcleo de homogeneidade dos direitos individuais afirmados na demanda.⁸⁴

Diferentemente do que se verifica na execução dos direitos difusos e coletivos, a tutela dos interesses individuais homogêneos costuma ser ressarcitória, voltada ao pagamento de valores e não uma tutela específica, embora também exista essa possibilidade como, por exemplo, nos casos de *recall*.⁸⁵

Porém, mesmo com a previsão da possibilidade da promoção de uma execução coletiva, opta-se usualmente por esse procedimento bifásico, em que a ação coletiva só ocorre na fase de conhecimento, morre com uma sentença condenatória e deixa a execução a cargo dos indivíduos. Tal opção acaba retirando muito da força e efetividade da tutela coletiva, mina a técnica coletiva, justamente por contradizer uma característica fundamental que é aptidão para a molecularização de demandas.⁸⁶

Assim, parte da doutrina nomeia isso como uma “pulverização de direitos”.⁸⁷ Trata-se da análise individualizada pelo Poder Judiciário de interesses ou de questões cuja apreciação poderia ocorrer de maneira conjunta, uma vez que há “similitude” fática entre eles. Há correlação entre interesses, tanto por meio de uma justaposição plena, quanto mediante a existência de questões de intersecção entre os direitos postos em jogo. Em outras palavras,

⁸³ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 6. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 151.

⁸⁴ ZAVASKI, T. A. *Idem*, p. 151.

⁸⁵ ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Execução de Interesses Individuais Homogêneos: Análise crítica e propostas*. São Paulo, 2012. 247 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. f. 112.

⁸⁶ GAGNO, Luciano Picoli. Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos. *Revista dos Tribunais*, vol. 953, p. 223-257, 2015. p. 224.

⁸⁷ Trata-se de termo especialmente adotado e justificado por: MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de Processo*, v. 222, p. 41-64, 2013.

pode se manifestar de maneira parcial ou global, condicionando também, os desafios postos ao operador do direito.⁸⁸

A pulverização é muito criticada à medida que se opõe à efetiva prestação jurisdicional, ao gerar milhares de litígios onde poderia haver apenas um. Perde-se em recursos físicos e humanos, indo em contramão à gestão mais prática e voltada à eficiência, que acaba contribuindo para o esgotamento do Poder Judiciário.⁸⁹

Isso ajuda a demonstrar como a proteção coletiva dos “direitos individuais homogêneos” não vem impactando a realidade brasileira da forma como poderia, muito devido a interpretações restritivas de suas balizas legais, além dos resquícios de um apego individualista ainda muito presente no processo, especialmente nessa separação de direitos que deveriam ser tratados de maneira conjunta.⁹⁰

A pulverização, assim, representa verdadeira desatenção à gestão de recursos físicos e humanos disponíveis à jurisdição. A opção pela coletivização, além de garantir a isonomia entre os sujeitos, poderia estender o tratamento igualitário também àqueles que não ingressariam pessoalmente em juízo. Em uma realidade como a brasileira, parece ser o passo decisivo na concretização do acesso à Justiça, ao se permitir que o sujeito seja tutelado sem a necessidade de adotar iniciativas, muitas vezes fora de seu alcance.⁹¹

Nesse sentido, há tendência a buscar técnicas que justamente promovam a execução que esteja em maior sintonia com os objetivos fundamentais dos direitos individuais homogêneos. Priorizam-se técnicas que, não necessariamente, demandem ação por parte dos indivíduos lesados pela conduta originária da ação, inclusive incentiva-se que os próprios réus tomem as medidas necessária para a reparação dos sujeitos lesados, quando eles forem facilmente identificáveis.⁹² Em casos de lesões a clientes de bancos, por

⁸⁸ MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de Processo*, v. 222, p. 41-64, 2013. p. 44.

⁸⁹ MENDES, A. G. C.; OSNA, G.; ARENHART, S. C. *Idem*, p. 47.

⁹⁰ MENDES, A. G. C.; OSNA, G.; ARENHART, S. C. *Idem*, p. 55.

⁹¹ MENDES, A. G. C.; OSNA, G.; ARENHART, S. C. *Idem*, p. 62.

⁹² Trata-se de opção abertamente defendida por Luciano Picoli Gagno em: GAGNO, Luciano Picoli. Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos. *Revista dos Tribunais*, vol. 953, p. 223-257, 2015.

exemplo, a própria instituição financeira poderia efetuar os depósitos em conta corrente.

Trata-se, sobretudo, da utilização de técnicas que não necessitem da utilização da ação executiva individual de iniciativa do lesado. Ainda que essa seja a alternativa mais fácil dentro do atual sistema, não é de longe a mais eficiente e, tampouco, a mais alinhada aos objetivos fundamentais da tutela coletiva.

1.3 VÁLVULA DE ESCAPE DO SISTEMA E A *FLUID RECOVERY*

Assim, percebe-se que, em regra, para a reparação das lesões aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, privilegiam-se técnicas que tenham a aptidão de reconstituir ao máximo o bem jurídico lesado, afastando-se da técnica executiva comum empregada nos processos individuais.

Entretanto, caso isso não se mostre possível, é necessário recorrer à técnica ordinária que nem sempre é eficiente, seja devido à própria natureza do bem lesado, seja devido às próprias falhas inerentes ao sistema escolhido para a execução. Desse modo, a própria legislação buscou criar uma salvaguarda para que, mesmo nessa situação, houvesse a tentativa de responsabilizar integralmente aquele que provocou a lesão e também recuperar da melhor forma possível o bem jurídico.

A Lei da Ação Civil Pública exprime essa ideia em seu artigo 13, à medida que prevê que eventual condenação em dinheiro seja direcionada para um fundo que buscará a reconstituição dos bens lesados.

Ressalte-se que muitas vezes a tal incumbência pode ser de difícil concretização, sobretudo quando a lesão ocasionar danos irreparáveis aos bens jurídicos. Inclusive, afirma-se que não seria o caso de se falar em reparação, visto que apenas haverá reversão de valores aos fundos quando a lesão ao bem coletivo mostrar-se irreparável.⁹³ Critica-se, assim, a própria redação da legislação que autoriza essa medida.

⁹³ SILVA, Érica Barbosa e. *A fluid recovery no sistema brasileiro e a efetivação dos direitos coletivos*. In: SALLES, Carlos Alberto. SILVA, Solange Teles da. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Orgs.). *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2006. p. 87.

Nesses casos, ante a impossibilidade de recuperação do bem lesado, entende-se que é possível que o montante pago possa ser utilizado para o fomento de certas atividades correlatas à natureza da lesão.⁹⁴

O meio para operacionalização dessas distribuições encontrado pelo legislador foi destinar o montante recolhido a fundos federais ou estaduais que se responsabilizariam pela gestão e aplicação das verbas com finalidades consentâneas à espécie de lesão ocasionada.⁹⁵

A esse mesmo fundo também se remete o art. 100 do Código de Defesa do Consumidor que aceita esse direcionamento de recursos na hipótese de, feita a execução habitual, os sujeitos não se apresentarem em número suficiente que seja compatível com a gravidade da lesão.

Nesse caso, conforme o professor Elton Venturi, o encaminhamento ao fundo ganha nova qualidade: parece que o legislador, mais do que prestar tutela aos direitos individuais homogêneos, considerou relevante, também, uma repressão efetiva aos responsáveis pela lesão à classe; uma forma de não deixar impunes comportamentos ilícitos e também propiciar fonte de captação de recursos ao fundo.⁹⁶

Assim, parece haver diferença significativa na natureza das verbas que compõem os fundos: enquanto a verba concretizada ante a previsão da Lei da Ação Civil Pública tem natureza ressarcitória devido ao dano produzido, sendo decorrência natural da violação de um direito e a impossibilidade de sua tutela específica, a natureza da reparação fluida prevista pelo Código de Defesa do Consumidor é diferente: busca-se também a repressão ao comportamento do agente.⁹⁷

O legislador buscou inserir, dentro do instrumental coletivo disponibilizado às vítimas de eventos danosos, uma maneira de mesmo diante de sua inércia ou omissão no pleito da reparação individual, não deixar impune o responsável pela prática lesiva.⁹⁸

⁹⁴ VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*, p. 115.

⁹⁵ VENTURI, E. *Idem*, p. 114.

⁹⁶ VENTURI, E. *Idem*, p. 154.

⁹⁷ VENTURI, E. *Idem*, p. 154.

⁹⁸ VENTURI, Elton. Ministério Público Federal. Liquidação e execução coletiva da fluid recovery referente à "sobra" do empréstimo compulsório cobrado pela União e não devolvido. *Revista de Processo*, vol. 111, p. 313-321, 2003. p. 315.

Ademais parece também ser uma salvaguarda colocada no sistema de processos coletivos pelo próprio legislador, que já anteviu os possíveis entraves que a opção por esse modelo de execução, que demanda uma posição ativa dos sujeitos lesados, poderia trazer considerando-se os persistentes entraves de acesso ao Judiciário.

Essa transferência de recursos oriundos de condenações em ações coletivas para outro uso que não seja a reparação direta dos sujeitos lesados, mas a algo muito próximo do destino ideal, foi chamado pela doutrina brasileira de *fluid recovery*, ou reparação fluida. Trata-se de termo que ganhou notoriedade ao ser empregado na obra “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto”.⁹⁹ Optou-se pelo termo “*fluid recovery*” em suposta alusão à introdução do vocábulo¹⁰⁰ em artigo de Mauro Cappelletti,¹⁰¹ ao sugerir a utilização desse instituto no direito brasileiro.

Entretanto, há uma discussão se a suposta reparação fluida englobaria as três categorias de direitos: direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou se a reparação fluida só seria possível para os direitos individuais homogêneos, em respeito à intenção original da terminologia, uma vez que no direito comparado geralmente é empregado no contexto das *class actions*.

Assim, parece fundamental a análise do instituto da *fluid recovery* e de sua configuração no sistema jurídico norte-americano para melhor compreensão da maneira como se faz sua aplicação no contexto das ações coletivas no Brasil. Bem como se faz necessária a análise dos fundos para os quais são destinados esses recursos oriundos das ações coletivas.

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. FINK, Daniel Roberto. FILOMENO, José Geraldo Brito. WATANABE, Kazuo. NERY JÚNIOR, Nelson. DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7. ed. rev. amp. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

¹⁰⁰ GOMES, Tércio Spínola. *A aplicação adequada da fluid recovery na liquidação e execução de ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos*. Salvador, 2013. 126 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia. f. 102.

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, p. 128-159, n. 05, 1977.

CAPÍTULO 2 – *CY PRES* E *FLUID RECOVERY*

Afirma-se que a *fluid recovery* do sistema brasileiro tem uma clara inspiração no modelo norte-americano, entretanto em análise um pouco mais verticalizada percebe-se que entre os dois institutos existem inúmeras diferenças.

Nesse sentido, o objetivo deste capítulo é apresentar os contornos da *fluid recovery* e da *cy pres* no sistema jurídico estadunidense e conseqüentemente, um pouco sobre da própria configuração que foi imprimida à *class action* norte-americana. Assim, em primeiro momento se traz um pouco do contexto que fez necessário o uso de tais instrumentos, com a configuração do que os doutrinadores chamam de *class action* moderna e suas implicações.

Em segundo momento se faz a separação entre os termos *fluid recovery* e *cy pres*, para então, em terceiro momento, analisar mais detidamente cada um dos institutos, sua origem, funcionamento e alguns problemas que sua utilização traz. Por fim, traça-se breve panorama da utilização da *fluid recovery* e da *cy pres* em outros sistemas jurídicos, tanto da tradição da *common law* como da *civil law*.

2.1 A *CLASS ACTION* MODERNA E O PROBLEMA DAS CORTES COM A DESTINAÇÃO DA SOBRA

A *class action* estadunidense pode ser considerada um dos símbolos do chamado “excepcionalismo” do Direito norte-americano, não só devido ao seu procedimento, em si, mas também devido às inúmeras mudanças que foram promovidas com seu uso na própria sociedade. Durante o que foi considerada sua “era de ouro”, em momento histórico de celebração dos direitos civis, as *class actions* ajudaram a integrar sistemas escolares, desintitucionalizar unidades de saúde mental, reformar as condições de confinamento dos presos e desafiar leis e regulamentos discriminatórios.¹⁰²

¹⁰² MULLENIX, Linda. Ending Class Actions As We Know Them: Rethinking the American Class Action Rule. *Emory Law Journal*, v. 64, p. 400-449, 2014, p. 402.

Entretanto, atualmente percebe-se que a *class action* sofre abandono: é progressivamente forte o movimento para sua mitigação e a preferência para resolução de disputas – sejam elas de massa ou não – por intermédio de meios alternativos de solução de litígios, os ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Nesse sentido, vários doutrinadores até mesmo proclamam a “morte da *class action*”,¹⁰³ enquanto outros criticam veementemente o que poderia ser considerado um movimento de “privatização da Justiça”.¹⁰⁴

É possível afirmar que grande parte dessa controvérsia se deu com a revisão da Regra 23 das Regras Federais de Processo Civil dos Estados Unidos (*Federal Rules of Procedure*), que trata justamente das *class actions*. A partir dessa reforma, o julgamento em uma *class action* vincula todos os membros da classe que não agiram para se auto excluir do processo.¹⁰⁵ Assim, trata-se de uma provisão que permite que a ação prossiga, mesmo que muitos dos membros da classe não respondam afirmativamente à sua inclusão na demanda.

Tanto que se afirma que uma característica essencial da *class action* é que membros ausentes devem estar presos ao seu julgamento, seja ele favorável ou não, a menos que tenha optado por sair, o *opt-out*. Sem tal provisão se perderia grande parte da utilidade dessa ação coletiva e não se atingiria uma economia judicial.¹⁰⁶

Tal modificação não é apenas mudança processual, mas também pode ser considerada demonstração de mudança de mentalidade quanto ao propósito básico da *class action*: não apenas veículo de eficiência e que seja capaz de

¹⁰³ A expressão “morte” das *class actions* atualmente é bastante controversa na doutrina norte-americana. Ver: MULLENIX, Linda. Aggregate Litigation And The Death Of Democratic Dispute Resolution. *Northwestern University Law Review*, v. 107, n. 2, p. 511-564, 2013.

¹⁰⁴ A professora Judith Resnik faz diversas críticas a respeito de uma suposta privatização da justiça com a migração dos meios de adjudicação para os ADRs (*Alternative Dispute Resolution*) como a arbitragem. Ver: RESNIK, Judith. Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights. *Yale Law Journal: Yale Law School, Public Law Research Paper No. 543*, p. 2804-2909, 2015

¹⁰⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Rules of Procedure. Rule 23. Class Actions. (3) Judgment. Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must: (B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.

¹⁰⁶ MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*. Portland: Hart Publishing, 2006. p. 389.

compensar os membros da classe, mas também que busque, de certa forma, corrigir falhas na sociedade, de maneira geral.¹⁰⁷

Ademais, a *class action* é amplamente reportada nos meios de comunicação, incluindo as enormes recompensas pagas à classe e os honorários dos advogados. Consequentemente é provável que grande parte do público tenha boa compreensão sobre essa forma de tutela de direitos coletivos. Porém, é difícil verificar se os cidadãos a percebem como meio efetivo para demandar direitos, ou se ela somente serve para reforçar certo cinismo quanto à profissão legal.¹⁰⁸

Não há dúvida que a *class action* é importante mecanismo para busca de compensação para causas pequenas de consumidores, mas por outro lado a litigância de massa, da maneira como é praticada gera inúmeras consequências indesejadas que não podem ser ignoradas.¹⁰⁹

A ascensão da *class action* veio acompanhada do crescimento de diversos problemas. Um deles, que ajuda a reforçar as razões pelas quais há essa reação contra a *class action*, é o fato de ela ter se tornado um negócio lucrativo, com possibilidade de gigantescos honorários. Isso muitas vezes leva ao comportamento abusivo da classe e de seus representantes, que gera uma série de críticas.¹¹⁰ Aqui podemos citar desde os advogados caçadores de recompensa, os famosos “*bounty hunters*” à insuficiente compensação para os integrantes da classe. Nesse sentido, foi simbólica a promulgação do *Class Action Fairness Act* (CAFA), legislação que tinha como intento, justamente, corrigir certos abusos em sua utilização.¹¹¹

Além disso, é possível citar certa hostilidade com que a Corte atualmente lida com as *class actions* de consumidores, com pouca ou nenhuma pretensão

¹⁰⁷ FENN, Matt. *The Use of Cy Pres in Class Actions Settlements: The Best of Bad Options*. p.4. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2446989>

¹⁰⁸ MULLENIX, Linda. *Ending Class Actions As We Know Them: Rethinking the American Class Action Rule*. p. 426.

¹⁰⁹ MULLENIX, L. *Idem*, p. 431.

¹¹⁰ MULLENIX, L. *Idem*, p. 439.

¹¹¹ Especificamente sobre o *Class Actions Fairness Act* e as mudanças que esta legislação trouxe para as class actions nos Estados Unidos ver: BURBANK, Stephen B. *The Class Action Fairness Act of 2005 in Historical Context: A Preliminary View*. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156, p. 1439-1551, 2008. SHERMAN, Edward F. *Class Actions after the Class Action Fairness Act of 2005*. *Tulane Law Review*, vol. 80, p. 1593-1616, 2006. ISSACHAROFF, Samuel. *Settled Expectations in a World of Unsettled Law: Choice of Law after the Class Action Fairness Act*. *Columbia Law Review*, vol. 106, p. 1839-1871, 2006.

de ressarcimento por danos.¹¹² Nesses casos, utiliza-se a ação coletiva para que se viabilize o pleito ou mesmo a busca de um acordo. Entretanto, há teorias econômicas que defendem que esse tipo de *class action* tem valor social muito questionável e acabam lesando mais do que beneficiando os consumidores. Porque como muitas delas lidam com práticas comerciais que causam dano concreto mínimo ao consumidor, como resultado também trazem pouco, senão nenhum benefício tangível aos consumidores.¹¹³ Além disso, grande parte de seu mérito está em buscar algum tipo de compensação para a classe e, por ser considerada de menor importância pelos julgadores, há fiscalização mais branda para possíveis acordos ou distribuições. Não é surpresa, portanto, que grande parte do montante recuperado seja destinada a custas processuais e honorários advocatícios, o que compromete sua seriedade e eficiência.

A possibilidade de julgar os danos de maneira agregada, com algumas exceções, é amplamente incentivada pelos reformadores de leis como meio de evitar custosos, longos e ineficientes pleitos aos danos de maneira individual, o que beneficiaria tanto os membros da classe como réus.¹¹⁴

Entretanto, tanto as Cortes como os advogados começaram a perceber que essa mudança na *class action*, com a inclusão dos membros que não manifestaram expressamente sua saída da classe, e a compensação feita de maneira agregada também tornaram bem difícil distribuir os danos aos requerentes individualmente.

Algumas vezes os membros da classe sequer podem ser identificados, ou mesmo custa muito caro para localizá-los ou processar suas demandas individuais em comparação com o valor que será recuperado. Além disso, mesmo quando os membros da classe são pagos, geralmente uma porção dos fundos sobra, e cabe ao Judiciário decidir o que fazer com eles.¹¹⁵

Em outras palavras: em algumas *class actions*, número significativo de membros ausentes pode ter sua identidade desconhecida ou é impossível fazer

¹¹² Sobre isto ver: GILLES, Myriam. Class Dismissed: Contemporary Judicial Hostility to Small-Claims Consumer Class Actions. *DePaul Law Review*, Vol. 59, No. 2, 2009; Cardozo Legal Studies Research Paper No. 278.

¹¹³ SHEPHERD, Joanna. An Empirical Survey of No-Injury Class Actions. *Emory Legal Studies Research Paper*, n. 16-402, p. 1-24, 2016, p. 23.

¹¹⁴ MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, p. 411.

¹¹⁵ WASSERMAN, Rhonda. Cy pres in Class Action Settlements. *Southern California Law Review*, n. 88, p. 97-164, 2014. p. 103.

intimação individual a cada um deles para lhes dar a oportunidade de ingressar na ação.¹¹⁶ Considere-se, por exemplo, compradores de CD ou mesmo usuários de ônibus ou taxi. Ainda que a Corte deva buscar o melhor meio de divulgação possível, como anúncios em jornais, revistas, internet ou transmissões na televisão ou rádio, há sempre o risco de os integrantes da classe desconhecem eventuais acordos e não entrarem com ações.

Além disso, mesmo quando as identidades dos membros da classe são conhecidas, suas demandas podem ser tão pequenas que não é economicamente viável efetivar o pagamento. Por exemplo, uma indenização que seja de 3 centavos para cada membro da classe não justificará os gastos com a notificação ou mesmo trará algum tipo de benefício individual.

Em terceiro lugar, mesmo quando pagamentos diretos são economicamente viáveis, membros ausentes podem abrir mão do pagamento. Trata-se de situações que geralmente envolvem pessoas com idade avançada ou portadoras de doenças graves e/ou terminais, em que há grande risco de que venham a falecer antes de ter a oportunidade de demandar sua respectiva parte. O clássico exemplo seria uma *class action* contra uma indústria farmacêutica que supostamente tenha aumentado o preço de um medicamento para câncer.¹¹⁷ Em outros casos o incômodo de fazer a demanda pode desencorajar os integrantes da classe de pedirem sua parte, por exemplo, para receber a compensação pede-se algum tipo de comprovante de compra.

Por fim, mesmo quando os integrantes da classe são identificáveis, têm um valor substancial para receber, conseguem submetem suas pretensões para demandar sua parte e o administrador efetivamente manda o cheque, há grande probabilidade de que alguns ou vários dos cheques retornem como não entregues ou não sacados.¹¹⁸

Dentro desse contexto, surge a utilização da *fluid recovery* ou da *cy pres* que é não mais do que produto desse contexto da moderna *class action* e suas dificuldades. As cortes devem buscar alguma opção para a destinação desses fundos e geralmente se deparam com possibilidades muito limitadas de modo que a *fluid recovery* ou *cy pres* é a opção em vez de negar de plano a certificação

¹¹⁶ WASSERMAN, R. *Idem*, p. 104.

¹¹⁷ WASSERMAN, R. *Idem*, p. 104-105.

¹¹⁸ WASSERMAN, R. *Idem*, p. 105.

da *class action*, à reversão dos fundos para o réu ou para o Estado ou mesmo a divisão *pro rata* entre os membros da classe já habilitados.

2.1.1 NÃO ADMISSÃO DA *CLASS ACTION* DE PLANO

A primeira opção que a Corte possui ao se deparar com uma *class action* em que já se saiba que haverá um montante residual é, de plano, simplesmente negar sua certificação sob o fundamento de que tal procedimento seria impróprio. Porque quando a compensação individual das vítimas da maneira preconizada pelo direito material subjacente não é possível por meio da *class action*, entende-se que este não é o procedimento adequado.¹¹⁹ Assim, talvez fosse melhor que tais demandas fossem feitas de maneira individual, ou mesmo por meio de uma regulação administrativa mais robusta, com a aplicação de penalidades administrativas que não envolvessem meios adjudicatórios.¹²⁰

Entretanto, tal alterativa é bastante criticada, não só porque entende-se que isso iria contra a própria essência da *class action*, pois não é a intenção do ordenamento deixar que comportamentos ilegais, tanto dos particulares quanto do governo sigam impunes.¹²¹ Ademais, ressalta-se que a *class action* é extensivamente usada nas litigâncias antitruste em que já se sabe, de antemão, que não será possível ou praticável compensar todas as vítimas, mas mesmo assim, busca-se sua utilização como forma de coibir a prática.¹²²

2.1.2 REVERSÃO PARA O RÉU

Uma outra possibilidade para a destinação dos fundos residuais é a reversão dos valores ao réu. Trata-se de opção amplamente defendida pelos

¹¹⁹ REDISH, Martin H. JULIAN, Peter. ZYONTZ, Samantha. Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis. *Florida Law Review*, Forthcoming, 2009, p. 30.

¹²⁰ MULLENIX, L. *Op. Cit.*, p. 422.

¹²¹ REDISH, M. H. JULIAN, P. ZYONTZ, S. *Op. Cit.*, p. 30.

¹²² FOER, Albert. AMORE, Roberto. Cy Pres as an Antitrust Remedy. *American Antitrust Institute Working Paper n. 05-09*, 2005, p. 2.

demandados que afirmam, em resumo que, como eles alimentaram o fundo da reparação em excesso, o dinheiro residual deveria retornar a eles.

A possibilidade de retorno do montante não demandado ao réu foi algo aceito por alguns legisladores no Canadá e por algumas Cortes nos Estados Unidos.¹²³ Porque, supostamente, os membros da classe não poderiam ser equiparados aos donos dos fundos, e qualquer direito que o réu possua somente decorre de contingenciamento ante a inércia dos membros da classe.¹²⁴

Assim, a razão por trás desse tipo de opção é que o réu é proprietário do dinheiro colocado nos fundos para compensação da classe e, somente se, e até que, o dinheiro seja demandado pelos membros da classe, o réu tem o direito a seu retorno. Sob essa lógica, a sobra é um excesso que somente existe devido ao erro mútuo quanto ao montante necessário para satisfazer as demandas dos autores. A devolução do excesso seria correta, pois evitaria cobrar do réu o valor maior do que o dano objeto do acordo.¹²⁵

Inclusive, em visão mais radical, como a do professor Richard Nagareda, é possível até afirmar que os acordos nas *class actions* são meros veículos para compra e venda dos direitos preexistentes que são negociados pelas partes.¹²⁶

Outros doutrinadores afirmam que se trata de opção adequada quando o escopo da *class action* não é ser punitiva e sim compensatória. Nesses casos, seria apropriado que o réu, uma vez que as requisições feitas pelos autores sejam devidamente atendidas, pudesse ficar com as sobras de dinheiro que foi destinado a algo específico.¹²⁷

Porém, quando se entende que a *class action* também tem o escopo de desestimular a conduta do réu, essa opção não faz muito sentido; ao contrário, seria justamente o oposto do que se busca. Inclusive, a doutrina defende que a inteligência da Regra 23 parece indicar que sua intenção não visa apenas à compensação, mas também à dissuasão de condutas ilícitas.¹²⁸

¹²³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Boeing Co. v. Van Gemert*, 444 U.S. 472 (1980)

¹²⁴ MULHERON, Rachael. *The Modern Cy-près Doctrine: Applications & Implications*. Londres e Nova Iorque: Routledge Taylor & Francis Group, 2016. p. 251.

¹²⁵ WASSERMAN, Rhonda. *Cy pres in Class Action Settlements*, p. 107.

¹²⁶ Trata-se da leitura da professora Rhonda Wasserman, principalmente a partir dos posicionamentos defendidos pelo professor Richard Nagareda em: NAGAREDA, Richard. *The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action*. *Columbia Law Review*, v. 103, n. 2, p. 149-242, 2003.

¹²⁷ MULHERON, Rachael. *The Modern Cy-près Doctrine: Applications & Implications*, p. 251.

¹²⁸ MULHERON, R. *Idem*, p. 252.

Assim, devolver o dinheiro para o réu é contrário ao propósito do próprio estatuto base da *litigation*. Ademais, é crucial ter em mente que ao litigarem as partes, geralmente se comprometem com o valor do acordo levando em conta vários fatores, de modo que não se trata de valor aleatório.¹²⁹

Consequentemente, diversas Cortes têm rejeitado a reversão ao réu justamente porque isso arriscaria minar o efeito de dissuasão das *class actions* por, de certa forma, acabar premiando os réus pela falência dos membros da classe de coletarem sua parte do acordo.¹³⁰

2.1.3 REVERSÃO PARA O ESTADO (*ESCHEAT*)

Tradicionalmente todo o dinheiro sem dono, incluindo somas de danos sem demandante, podem ser transferidos aos cofres públicos. A autoridade do Estado para ser recebedor desses fundos vem de sua posição como *parens patrie* e da teoria geral da *escheat*.¹³¹ Apenas a título de ilustração, em outros sistemas de *common law* com a Austrália e o Canadá, há previsão expressa de que fundos sem dono reverterão ao Estado – mesmo que não no contexto da *class action*.

Nos Estados Unidos, não há previsão alguma sobre a *escheat* na Regra 23, porém, os fundos residuais de julgamento ou acordo podem retornar ao governo sob a Seção 2042 do Título 28 do Código dos Estados Unidos.¹³² Em resumo, a regra expressa que todo dinheiro pago as Cortes ou a seus oficiais em casos pendentes ou por ela julgados deve ser depositado no Tesouro dos

¹²⁹ YOSPE, Sam. Cy Pres Distributions in Class Action Settlements. *Columbia Business Law Review*, vol. 2009, n. 3, p. 1014-1064, 2009. p. 1043.

¹³⁰ WASSERMAN, Rhonda. *Op. Cit.*, p. 107.

¹³¹ O termo *parens patrie* é tradicionalmente descrito o poder do soberano de agir como guardião da pessoa com alguma incapacidade de agir por si mesmo, inclui casos em que o Estado age como trustee para menores. SHEPHERD, Stewart. Damage Distribution in Class Actions: The Cy Pres Remedy. *University of Chicago Law Review*, v. 39 iss. 2, article 9, p. 448-465, 1972. p. 454.

¹³² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Code. Title 28, Section 2042. No money deposited under section 2041 of this title shall be withdrawn except by order of court. In every case in which the right to withdraw money deposited in court under section 2041 has been adjudicated or is not in dispute and such money has remained so deposited for at least five years unclaimed by the person entitled thereto, such court shall cause such money to be deposited in the Treasury in the name and to the credit of the United States. Any claimant entitled to any such money may, on petition to the court and upon notice to the United States attorney and full proof of the right thereto, obtain an order directing payment to him.

Estados Unidos ou em outro depositário designado. Esse montante não poderá ser sacado sem a expressa autorização da Corte.

Se o valor permanecer por pelo menos 5 anos sem que seja demandado, ele deverá ser depositado como crédito ao Tesouro. Aquele que porventura tenha direito a esse valor deverá fazer uma requisição direta, juntamente às provas devidas, ao advogado do Estado para ordem de pagamento direta.

Assim, de maneira genérica, é possível inferir que a Seção 2042 do Título 28 do Código dos Estados Unidos autoriza a reversão para o Tesouro dos fundos depositados em cortes federais que não forem demandados em 5 anos.

Entretanto, questiona-se se essa provisão, de fato, poderia ser considerada uma *escheat*, vez que a *escheat* é o procedimento pelo qual o Estado, de fato, adquire o direito (*title*) à propriedade abandonada e de acordo com essa provisão do Código dos Estados Unidos, o governo não ganha a propriedade do dinheiro, mas apenas serviria de *trustee* para seus proprietários enquanto não o demandassem.¹³³

Fato é que, no contexto da *class action*, o Estado é autorizado a utilizar a teoria da *escheat* nos fundos não demandados, na qualidade de representante desses cidadãos que não recolheram sua parte.¹³⁴ Assim, a classe poderia consistir na população geral do Estado, ou mesmo pode-se direcionar sua utilização a grupos beneficiados por programas especiais do governo. Inclusive, se os membros da classe forem de diferentes estados, cada estado pode exercer a *escheat* da fração do fundo que lhe for correspondente.

Assim, a base da teoria é a de que os membros da classe que não demandaram sua parte serão indiretamente beneficiados à medida que o Estado irá utilizar os fundos para beneficiar todos os seus cidadãos. Assim os objetivos compensatórios do Direito, principal objeto das demandas da classe, serão efetivados – ainda que de maneira indireta e imperfeita, uma vez que os membros ausentes são tipicamente parte, ainda que pequena, da população geral do Estado.¹³⁵

¹³³ WASSERMAN, Rhonda. *Op. Cit.*, p. 109.

¹³⁴ Para um estudo mais aprofundado sobre a *escheat* nas *class actions* ver: MILLAR, Ethan D. COALSON JR., John. The Pot of Gold at the End of the Class Action Lawsuit: Can States Claim It as Unclaimed Property?. *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 70, n. 4, p. 511-554, 2009.

¹³⁵ WASSERMAN, Rhonda. *Op. Cit.*, p. 110.

Entretanto, melhor que servir a propósito compensatório, parece que a *escheat* serve de maneira mais eficiente ao propósito de desencorajar os comportamentos ilícitos, vez que assegura que os réus paguem o montante completo do acordo e não recebam reversão dos fundos residuais.¹³⁶

Alguns autores vão além e defendem que a reversão para o Estado, ou a *escheat*, seria alternativa superior às demais e que, inclusive, deveria ir além do montante residual e ser aplicado na integralidade do montante em todos os processos coletivos.

A lógica subjacente desse raciocínio é a de que de virtualmente todos as pessoas podem fazer parte de *class actions*, sabendo ou não. Essas ações geram fundos residuais e por meio do véu da ignorância, o homem padrão não sabe quais classes ele integra ou pode integrar, nem tem expectativas de dividir os benefícios obtidos. Além disso, qualquer tentativa de enfocar uma classe específica de autores pode perder outros possíveis componentes da classe. Porém, é bem possível que qualquer sujeito espere ser beneficiado com dinheiro extra no Tesouro Nacional e até possa ser a opção mais desejada pelos membros não identificados da classe.¹³⁷

Parece que a teoria tem seus méritos ao buscar utilização do fundo que não seja unicamente voltada à reparação de dano passado, mas também busca olhar prospectivo, com o emprego dos fundos para a prevenção de danos futuros. Mesmo assim, parece difícil imaginar a aplicabilidade dessa teoria quando o Poder Público passa a ser réu em ações coletivas.

2.1.4 DIVISÃO *PRO RATA* ENTRE OS MEMBROS HABILITADOS

Outra opção que as cortes têm, apesar de raramente exercer, é distribuir os fundos residuais *pro rata* entre os integrantes da classe que já foram compensados.

Essa é uma opção que é defendida pelo *American Law Institute*, que recomenda que antes de buscarem outros tipos de utilização para os fundos,

¹³⁶ WASSERMAN, R. *Idem*, p. 110.

¹³⁷ JOIS, Goutam. *The Cy Pres Problem and the Role of Damages in Tort Law*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1104468, p. 31.

eles deveriam oferecer distribuições adicionais aos membros da classe que se apresentaram. A principal justificativa é bastante pragmática: poucos acordos oferecem 100% de recuperação aos integrantes da classe e assim é improvável que na maioria dos casos, distribuições adicionais resultem em mais do que 100% de recuperação.¹³⁸

Esses indivíduos poderiam ser considerados os mais próximos dos membros ausentes, vez que suas lesões são muito semelhantes, senão iguais. São uma coletividade muito mais imediata do que os integrantes da sociedade em geral. Trata-se de um tipo de distribuição que não diminui a capacidade da *class action* de dissuadir comportamentos, uma vez que não iria retornar ao réu.

Essa posição já foi aceita por algumas Cortes,¹³⁹ inclusive, em variante dessa opção, é possível que as cortes e as partes antecipando que uma grande porção de fundos não será demandada, porque a classe incluía várias pessoas idosas, concordem, em acordo, que aqueles que se apresentassem receberiam o dobro de suas perdas.¹⁴⁰

Não obstante, algumas Cortes e doutrinadores expressam preocupação de o potencial desse tipo de distribuição acabar criando conflito entre a classe, em geral, e seus representantes que poderiam ter interesse em manter os outros membros da classe não informados sobre eventuais acordos ou até mesmo sobre o ajuizamento da ação. Ademais, há a preocupação com o custo e dificuldade em localizar membros da classe que se apresentaram da primeira vez para distribuição adicional, especialmente se o lapso temporal entre distribuição inicial e a adicional for grande. Além disso, o inconveniente administrativo de distribuição *pro rata* entre os integrantes habilitados também se torna excessiva quando o réu tiver sido o responsável pela distribuição inicial, mas não tiver a obrigação de ter papel nenhum em distribuição posterior dos fundos não demandados.¹⁴¹

Desse modo tal opção não é muito utilizada, justamente por não trazer benefício aos membros da classe ausentes,¹⁴² uma vez que se afirma

¹³⁸ WASSERMAN, Rhonda. *Op. Cit.*, p. 111.

¹³⁹ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Howe v. Townsend (In re Pharm. Indus. Average Wholesale Price Litig.)*, 588 F.3d 24, 30 (1st Cir. 2009).

¹⁴⁰ WASSERMAN, Rhonda. *Op. Cit.*, p. 112-113.

¹⁴¹ WASSERMAN, Rhonda. *Idem*, p. 113-114.

¹⁴² YOSPE, Sam. *Cy Pres Distributions in Class Action Settlements*, p. 1045.

expressamente que os que permanecem inertes não irão receber qualquer tipo de compensação, mesmo que indiretamente.

2.1.5 A *CY PRES/FLUID RECOVERY* COMO VÁLVULA DE ESCAPE

A inabilidade das cortes e dos próprios representantes da classe de efetivar a reparação aos membros que permanecem inertes após a constituição do montante a ser distribuído e, mesmo assim, constituem porção substancial da classe, pode resultar na recusa da ação. Como resposta a essas dificuldades, geralmente busca-se resolver o problema dos fundos não recolhidos por meio de duas abordagens diferentes: eliminar as causas de um grande fundo residual, ou fazer adequada disposição desses fundos não demandados.¹⁴³

Para buscar eliminar as causas da existência de fundo residual, uma opção foi a tentativa de redefinir a classe; várias elaborações teóricas foram feitas e diversos procedimentos foram adotados. A primeira delas foi definir a classe incluindo apenas aqueles que, antes do início do julgamento de mérito, tenham indicado afirmativamente que têm a intenção de reclamar sua parte, ou aqueles que submetem o montante que demandam à Corte. A segunda possibilidade é incluir apenas aqueles que as Cortes determinam que possuem as demandas mais importantes e substanciais contra os réus. A terceira é incluir apenas aqueles sujeitos que vêm demandar sua parte na recuperação após um período específico do julgamento de mérito.¹⁴⁴

Apesar de seu sucesso em eliminar o problema dos danos não recolhidos, esses procedimentos são insatisfatórios, já que ignoram o possível enriquecimento ilícito do réu. Além disso, também parecem prejudicar a intenção do legislador ao reformar a Regra 23 para incluir na *class action* aqueles que não fizeram esforço para se afirmar na ação.¹⁴⁵

Mesmo se o processo permanecesse aberto indefinidamente, em vez de por um período determinado, para permitir aos ausentes coletarem seus danos, não é provável que os membros da classe que permaneceram inertes saiam

¹⁴³ SHEPHERD, Stewart. *Damage Distribution in Class Actions: The Cy Pres Remedy*, p. 449.

¹⁴⁴ SHEPHERD, S. *Idem*, p. 449.

¹⁴⁵ SHEPHERD, S. *Idem*, p. 450.

desse estado, a menos que novas e adicionais notificações sejam feitas para informá-los do julgamento ou do acordo a seu favor; a maioria daqueles que não vieram coletar o valor devido durante o período inicial, provavelmente nunca o farão. A mera passagem do tempo não é capaz de estimular a ação daqueles que permaneceram inertes até então.¹⁴⁶

Por um lado, há certos tipos de transações que são suficientemente bem documentadas para que se possa permitir a identificação dos membros da classe e a quantidade de seus danos, durante o período objeto da demanda, de modo que é possível realizar a distribuição de sua recuperação diretamente, sem a necessidade de ações afirmativas de sua parte, por outro há diversos tipos de negócios jurídicos que não geram esse tipo de informação.

À primeira vista, portanto, é possível inferir que o problema dos danos não demandados poderia ser parcialmente resolvido requerendo que, no futuro, certos tipos de transação sejam documentados com a extensão necessária para calcular e distribuir os danos da *class actions*. Entretanto, mesmo que esses dados fossem gerados e preservados por determinado período de tempo, mesmo assim, haveria problemas: os membros da classe poderiam não estar mais negociando com as companhias ou mesmo residindo em seus endereços antigos. Isso ainda geraria um montante não recolhido, além de não trazer solução para os casos ainda pendentes. Ademais, os custos desse tipo de abordagem muito provavelmente seriam repassados ao consumidor, e o resultado seria o preço maior que é muito menos desejável do que a ausência de compensação que se deseja eliminar.¹⁴⁷

Em resumo, parece que as alternativas apresentadas pela doutrina para eliminar os problemas dos fundos residuais parecem não trazer solução aceitável para os problemas enfrentados pelas cortes.

Nesse sentido, surge a *cy pres* ou a *fluid recovery*. Seu objetivo principal parece ser o de retornar os danos aos integrantes da classe, mesmo que se deva reconhecer que parcela significativa será usada para beneficiar aqueles que não fizeram parte da classe originariamente, e que alguns integrantes da classe só serão beneficiados de maneira indireta – se é que serão beneficiados. Assim, talvez o melhor argumento para justificar esse tipo de mecanismo seja o de que

¹⁴⁶ SHEPHERD, S. *Idem*, p. 450.

¹⁴⁷ SHEPHERD, S. *Idem*, p. 451.

as *class actions* se expandiram de tal maneira que praticamente todos podem ser potenciais membros e, portanto, potenciais beneficiados dessa forma de reparação.¹⁴⁸

2.2 A SUPOSTA DIFERENÇA ENTRE *CY PRES* E *FLUID RECOVERY*

É possível notar por meio tanto da análise jurisprudencial norte-americana, como por intermédio da análise doutrinária que, muitas vezes a *cy pres* e a *fluid recovery* são tratadas da mesma maneira, como se fossem institutos equivalentes e fungíveis entre si. Parece que isso é consequência da origem da utilização desses institutos no âmbito da *class action*, manejados pelas cortes visando, principalmente, a lidar com o problema prático que surgira – o dos fundos residuais – sem aprofundado desenvolvimento sobre sua epistemologia, o que deveria ter sido feito pela doutrina em momento posterior.

Assim, só o campo da jurisprudência, por si, já possui grande dificuldade terminológica. Os termos “*cy pres*” e “*fluid recovery*” são definidos de maneira alargada pelas Cortes, para que se adequem ao próprio processo de cálculo de danos da classe inteira. Tal cálculo é feito de maneira agregada, sem referência às perdas individuais sofridas pelos sujeitos, seguida da distribuição dos fundos não recolhidos a outro uso.¹⁴⁹

Na maioria dos casos reportados recentemente esse “outro uso” configura-se na transferência do montante residual a uma instituição de caridade relacionada à origem dos danos. É nesse contexto que os princípios da *cy pres* são invocados, quando o montante destinado à instituição funciona para servir ao interesse da classe, do mesmo modo que um *trust* – origem e aplicação tradicional do instituto da *cy pres*.

A *cy pres* é o termo mais utilizado, não só pelas cortes, mas também pela doutrina: há muito mais trabalhos dedicados ao estudo da aplicação da *cy pres* nas *class actions* do que estudos sobre a utilização da *fluid recovery*. Porque, afirma-se que o termo “*fluid recovery*”, por si só, é impreciso e pode gerar duplo significado.

¹⁴⁸ SHEPHERD, S. *Idem*, p. 463.

¹⁴⁹ MULHERON, Rachael. *The Modern Cy-près Doctrine: Applications & Implications*, p.224-225.

Outras vezes, a “fluid recovery” é usada não como sinônimo, mas para designar o que seria considerado um tipo específico de *cy pres*: as reduções de preço (*price-rollback*s).¹⁵⁰

Não obstante, há doutrinadores que afirmam que parece haver diferenças, ainda que sutis, entre ambos os conceitos. De acordo com Martin Redish, Peter Julian e Samantha Zyontz, em sua origem, ambos os institutos se referem à busca de solução para os casos em que há sobra nos fundos ou quando a divisão direta entre as vítimas não for possível. Entretanto, parece que, recentemente, o termo “*cy pres*” é usado especificamente nos casos em que os fundos são destinados a instituições de caridade, que em alguma medida tenham relação com o objeto da *class action* ou o interesse da classe amplamente definido.¹⁵¹

A *fluid recovery*, ao contrário, parece se referir aos esforços de trazer alguma forma de direcionamento aos integrantes que serão afetados pelo réu, no futuro, em esforço de aproximar, ainda que grosseiramente, a categoria daqueles que foram lesados no passado. Assim, acredita-se que a *fluid recovery* representa esforço mais disciplinado para compensar indiretamente as vítimas, ainda que opor meio de aproximações futuras de quais formas e quais seriam as possíveis vítimas, do que a *cy pres* que apenas exige um link genérico entre a instituição de caridade que irá receber os fundos.¹⁵²

Parece que é possível delinear melhor as diferenças entre os dois institutos quando se verifica o funcionamento de cada um deles em apartado.

2.3 A FLUID RECOVERY

Uma das maiores dificuldades em manter viável uma *class action* consumerista é criar meios efetivos de distribuição de danos. Nas *class actions* mais antigas, as cortes costumavam requerer que cada um dos membros da classe provasse seus danos individualmente. Se o autor não tivesse como provar ou não provasse, o réu não tinha obrigação de pagar. Tal procedimento era

¹⁵⁰ MULHERON, Rachael. *The Modern Cy-près Doctrine: Applications & Implications*, p. 217.

¹⁵¹ REDISH, M. H. JULIAN, P. ZYONTZ, S. *Op. Cit.*, p. 59.

¹⁵² REDISH, M. H. JULIAN, P. ZYONTZ, S. *Idem*, p. 59.

claramente problemático. Atualmente, é sólido o entendimento que em grandes ações, procedimentos de demandas individuais são inviáveis por utilizarem extraordinária quantidade de recursos judiciais.¹⁵³

Assim, a *fluid recovery* pode ser considerada o método de distribuir os fundos com o objetivo de desencorajar o recolhimento de dinheiro ilícito e também substituir ou suplementar os procedimentos de pleito individual nas *class actions*,¹⁵⁴ sendo correto afirmar que o objetivo primário da *fluid recovery* é fazer com que o réu perca todo o valor ganho ilicitamente.¹⁵⁵

2.3.1 FUNCIONAMENTO GENÉRICO DA FLUID RECOVERY

O ponto de partida para se compreender o funcionamento da *fluid recovery* é entender que os fundos não devem retornar ou serem retidos pela entidade que os obteve por meios ilegais, e isso é essencial para que as Cortes busquem aplicar, ou não, eventuais fundos residuais em uso que possa beneficiar aqueles que foram lesados por estas práticas.¹⁵⁶

Tradicionalmente, em uma *fluid recovery* também chamada de *fluid class recovery* a Corte calcula o total de danos e ordena que o réu desembolse o dinheiro de maneira prescrita. Em alguns tipos de *fluid recovery* o réu paga a quantia fixa à determinada classe, em outras variantes a Corte simplesmente instrui o réu a temporariamente abaixar os preços do produto que deverá ser vendido até que o réu tenha “perdido” montante igual ao total de indevidamente subtraído dos autores.¹⁵⁷

A primeira alternativa, o pagamento, é a forma mais tradicional de *fluid recovery* pode ser chama de mecanismo de não preço (*nonprice mechamism*) e se intersecta com o funcionamento da *cy pres*; a segunda pode ser chamada de

¹⁵³ DURAND, Anna. An Economic Analysis of Fluid Recovery Mechanisms. *Stanford Law Review*, vol. 34, p. 173-201, 1981. p. 173.

¹⁵⁴ DURAND, A. *Idem*, p. 173-174.

¹⁵⁵ KARAS, STAN. The Role of Fluid Recovery in Consumer Protection Litigation: Klaus v. Trinity Management Services. *California Law Review*, vol. 90, is. 3, p. 959-995, 2002, p. 970.

¹⁵⁶ MACCALL, James. STURDEVARD, Patricia. KAPLAN, Laura. HILLEBRAND, Gail. Greater Representation for California Consumers- Fluid Recovery, Consumer Trust Funds, and Representative Actions, *Hastings Law Journal*, vol. 46, p. 797-851, 1995, p. 808.

¹⁵⁷ DURAND, Anna. Op. Cit., p. 174.

mecanismo de preço (*price mechanism*), por meio de análise sob o ponto de vista econômico.

O que há em comum entre estes dois tipos de *fluid recovery* é que, em ambos, as cortes tentam fazer transferência de renda do réu para o autor da demanda, tal distribuição é feita de modo que ela se aproxime o máximo possível de como o mercado faria se o réu não tivesse ilegalmente aumentado seus lucros às custas do autor da demanda. A diferença é que os mecanismos de não preço fazem transferência direta de montante em dinheiro, enquanto os mecanismos de preço afetam indiretamente a transferência de renda manipulando o preço de cada unidade vendida; a *fluid class recovery* mais efetiva será aquela que, de fato, seja bem-sucedida em realizar esta intenção.¹⁵⁸

É possível afirmar que existem 4 tipos de mecanismo de não preço e, em cada um deles, a Corte calcula o total de danos e ordena que o réu pague o valor aferido pela conduta ilegal em pagamento fixo.

O primeiro deles é o bônus direto (*direct rebate*) no qual a Corte ordena ao réu que envie um bônus a cada um dos membros da classe. Assim, o réu deve identificar e localizar cada um dos consumidores lesados, determinar cada uma das lesões e pagar o montante adequado para compensação.¹⁵⁹

À medida que o réu consegue identificar e localizar todas as partes lesadas, o bônus direto é eficiente, pois beneficia diretamente a classe lesada pela conduta ilícita e faz com que os réus não retenham os ganhos ilegais. Porém, se o réu não consegue identificar e localizar cada vítima, algumas lesões restam sem compensação.¹⁶⁰

Além disso, bônus diretos possuem altos custos operacionais. Em primeiro lugar, pode ser difícil e custoso identificar e localizar as vítimas, em segundo, as cortes devem supervisionar a busca do réu pelos indivíduos lesados, uma vez que, sendo o réu que arca com os custos dessa procura e, frequentemente, retém os fundos não distribuídos, os incentivos para esforço são mínimos.¹⁶¹

¹⁵⁸ DURAND, A. *Idem*, p. 183.

¹⁵⁹ DURAND, A. *Idem*, p. 176.

¹⁶⁰ DURAND, A. *Idem*, p. 177.

¹⁶¹ DURAND, A. *Idem*, p. 177.

A segunda opção, alternativa ao bônus direito é o fundo coletivo de reclamantes (*claimant fund-sharing*). Nesse caso, a Corte alivia o réu da obrigação de identificar cada um dos membros da classe que foi lesada, ao contrário, mas o instrui a noticiar sua responsabilidade mercados relevantes. Assim, aqueles que foram prejudicados têm o período específico para demandar seu pertencimento na classe e fazer a requisição, informando as unidades do produto do réu que por ele foram compradas durante o período. Depois de todas as demandas serem recebidas, os fundos do dano são divididos *pro rata* entre os demandantes.

Note-se que a acuidade da compensação recebida por cada demandante depende da honestidade daqueles que fizeram a demanda, uma vez que se consumidores que não foram lesados entrarem com demandas falsas, aqueles que foram efetivamente lesados receberão menos; ao contrário, se menos que 100% dos que foram lesados não se apresentarem, aqueles que fizeram a demanda serão compensados em excesso.¹⁶²

Outra possibilidade é a distribuição ao Estado que priva totalmente o réu do montante obtido ilegalmente e reduz custos operacionais. Infelizmente, distribuir os fundos ao governo pode resultar em disparidade ainda maior entre a classe beneficiada e a classe lesada, uma vez que o governo pode utilizar o dinheiro recebido em projetos que tragam pouco ou nenhum benefício à classe lesada.¹⁶³

Parece que as opções distribuição direta se assemelham muito àquelas apresentadas no início do capítulo, como alternativas ao mecanismo da *fluid recovery* e *cy pres*. Inclusive, as dificuldades dessas abordagens se repetem. Ressalta-se novamente que não parece haver consenso sobre a exata definição desses mecanismos e nem seu conteúdo exato. Aparenta, na verdade, haver fronteira porosa entre ambos, com conceitos amplos que buscam abarcar as inúmeras possibilidades de destinação dos fundos, sem maior preocupação com a construção de estrutura unitária e uniforme.

Não obstante, a última opção de uma suposta *fluid class recovery* que não utiliza mecanismos de preço é o *trust fund*. Trata-se da tentativa de abandonar a combinação direta entre aqueles que recebem os danos com os

¹⁶² DURAND, A. *Idem*, p. 178.

¹⁶³ DURAND, A. *Idem*, p. 180.

indivíduos que foram lesados. Nessa abordagem o montante é deixado em forma de *trust* que visa a beneficiar a classe inteira, geralmente direcionando a uma instituição de caridade correlacionada com a causa da *class action*.¹⁶⁴ Parece ser opção muito similar ao que se entende por *cy pres* de maneira estrita.

Todos esses são mecanismos que não modificam o preço do produto, de modo que os preços se manterão constantes antes e depois da distribuição de danos. Na perspectiva do recebedor, a transferência direta não faz os produtos do réu parecerem mais ou menos atraentes do que foram anteriormente e ele poderá utilizar os fundos recebidos da forma como escolher. De modo semelhante, pagar a quantia fixa não afeta as decisões comerciais de curto prazo dos réus sobre seu produto.¹⁶⁵

É diferente quando se fala nos mecanismos de preço, que são forma de *fluid recovery* que requer que o réu distribua os danos gerados por meio do mercado privado diminuindo os preços de seus produtos. Trata-se da forma mais expressiva da *fluid recovery* e a prática que geralmente assim se denomina. Nesses casos, a Corte ordena que o réu diminua o preço de seu produto em determinada percentagem, por uma quantidade específica de vendas futuras, de modo que a soma total das reduções de preço seja igual ao total do dano que foi sofrido pela classe.¹⁶⁶

À medida que o réu perde a margem de lucro em cada venda do produto com o preço reduzido, tal alternativa serve como meio de desincentivo à prática da conduta e evita que ele retenha os fundos ilegalmente aferidos. Em adição, os custos administrativos são moderados: os custos do réu a princípio são mínimos, os autores não precisam ter comportamento ativo de entrar suas demandas, e a Corte apenas tem o custo de fiscalizar a diminuição do preço.

Um dos casos que é considerado referência em matéria de *class actions* consumeristas é a *Daar v. Yellow Cab Co.* na qual uma classe pleiteou contra a empresa *Yellow Cab* por sistematicamente cobrar taxa extra para os usuários de táxi. Os fatos então eram: os consumidores haviam sido sobretaxados, a taxa cobrada a mais foi a mesma entre todos e todos sofreram o dano igual. A Corte entendeu que isso estabelecia uma classe propriamente dita, devido aos

¹⁶⁴ DURAND, A. *Idem*, p. 179.

¹⁶⁵ DURAND, A. *Idem*, p. 183-184.

¹⁶⁶ DURAND, A. *Idem*, p. 181.

interesses comuns bem definidos. Além disso, o valor extra poderia ser determinado pela própria *Yellow Cab Co.* em seus registros e ausente a *class action* o réu iria reter todos os benefícios de sua conduta ilícita, uma vez que as perdas individuais de cada consumidor seriam muito pequenas para justificar ação individual.¹⁶⁷ Não havia como determinar a identidade dos usuários de táxi, ademais, a recuperação individual seria mínima, de modo que a *fluid recovery* foi a solução utilizada para que o réu não retivesse o valor aferido ilicitamente.

Especialmente as reduções de preço como forma de *fluid recovery* são complexas e envolvem vários fatores, justamente por se propor a ser distribuição de danos aos indivíduos lesados, em vez de ser distribuição agregada para um terceiro, como é o método da *cy pres*, em termos genéricos.¹⁶⁸

Nota-se, pelo menos judicialmente, que a redução de preço é especialmente apropriada se utilizada em itens que são repetidamente comprados pelos mesmos indivíduos; academicamente afirma-se que suas principais vantagens são seu custo menor, especialmente para o Judiciário, que apenas suporta o custo de supervisionar as reduções de preços, além de que os membros da classe não necessitam provar sua demanda.¹⁶⁹

As principais dificuldades da redução de preços incluem a supervisão judicial da diminuição de preços ante a possibilidade de o réu reduzir a qualidade dos produtos ou serviços oferecidos, uma vez que qualquer redução na qualidade implicaria também a redução do valor e a compensação recebida pela classe; além de que os efeitos na competição também devem ser levados em conta.¹⁷⁰

2.3.2 PROBLEMAS DA *FLUID RECOVERY* E PREFERÊNCIA PELA *CY PRES*

Apesar de, à primeira vista, a *fluid recovery* parecer o esforço mais coerente e produtivo para se investir os recursos oriundos das sobras das *class*

¹⁶⁷ MACCALL, J. STURDEVARD, P. KAPLAN, L. HILLEBRAND, G. Op. Cit, p. 800.

¹⁶⁸ MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, p. 219.

¹⁶⁹ MULHERON, R. *Idem*, p. 219.

¹⁷⁰ SHEPHERD, Stewart. *Op. Cit*, p. 462.

actions, em sua forma mais comum, por meio dos mecanismos de preço, ela possui diversos problemas e gera controvérsias.

Notadamente seu uso está condicionado à análise não só da estrutura e capacidade econômica da empresa, passando pelo funcionamento do mercado (monopolista ou competitivo) em que se pretende aplicar a *fluid recovery*, mas também dos padrões de consumo.

No que tange aos mecanismos de não preço é possível afirmar que, em resumo, independentemente da estrutura de mercado que o réu opere, sua alocação é neutra. Isso é, a distribuição supostamente realiza a transferência de renda, mas não afeta a cadeia produtiva da empresa, ou seja, quantas unidades são produzidas ou como o réu vende cada unidade.

Apenas a título de exemplo, para a aplicação de mecanismo de reparação de não preço em que apenas há o pagamento direto de soma fixa à classe, a maioria das indústrias estará inserida em um mercado e não poderá estabelecer o preço acima do padrão, senão o consumo de seu produto provavelmente caíra. Assim, o preço de mercado limita o preço que o réu pode cobrar por cada um de seus produtos. Uma vez que valor do dano for pago, não se afeta o custo adicional de produção de unidade, bem como, a princípio, as decisões de distribuição do réu também não serão afetadas pelo pagamento da recuperação.

Em oposição a esse esquema, os mecanismos de preços, devido à forma de distribuição, afetam diretamente o preço do produto a ser vendido, uma vez que geralmente operam coercitivamente na redução no preço da mercadoria ou serviço. Se não for determinada, também, qual deve ser a conduta do réu nessa operação, ele provavelmente irá ajustar a distribuição de modo a maximizar sua rentabilidade e esse ajuste poderá lesar os consumidores; a menos que a Corte, de maneira ativa, molde a conduta do réu.

Assim, pode-se analisar a possível produção de efeitos por meio de duas situações: quando não há intervenção da Corte ou quando há especificação judicial para se manter o equilíbrio de distribuição no mercado.

Em cenário em que não há nenhuma intervenção da Corte para regular a produção e distribuição, provavelmente a firma irá cortar a produção. Porque diminuir o preço por unidade não produzirá a renda necessária para assegurar os lucros antigos. Ademais, como o réu está cobrando menos por um produto do

que seus competidores, os consumidores provavelmente buscarão consumi-lo. Como a distribuição do bem será deficiente, alguns usuários poderão ficar em filas ou mesmo viajar para os lugares onde haja o produto com o preço reduzido, porém, outros não o farão. Cabe a cada comprador sopesar a conveniência e a economia com seu tempo e esforço, mas em geral parece que os consumidores se beneficiarão muito pouco devido aos inconvenientes.¹⁷¹

Em segundo cenário, em que haja a obrigação de manter o equilíbrio de distribuição no mercado, o Judiciário pode ordenar que o réu produza a mesma quantidade que teria produzido na ausência da redução de preço. Os consumidores irão buscar consumir mais desse produto do que está disponível, uma vez que em geral consome-se mais quando o preço é menor; entretanto é difícil avaliar se precisamente aqueles consumidores que foram lesados serão os beneficiados com a redução de preço.

Os mecanismos de preço em geral parecem atrativos porque não demandam nova estrutura administrativa e porque corrigem automaticamente a alocação de recursos. Ademais, conseguem combinar, ainda que grosseiramente, a classe dos recebedores com a classe dos consumidores lesados.

Entretanto tem mais méritos quando aliada à supervisão judicial, que parece simples a princípio, mas é extremamente complexa. Em primeiro lugar, a Corte deve ter conhecimento preciso do funcionamento da empresa e de suas etapas de produção. Porque se os custos das matérias-primas do réu flutuarem, corre-se o risco de se forçar o réu a fazer distribuição incorreta de danos e isso não pode ser averiguado se, por exemplo, a Corte mantém o preço do produto constante.¹⁷²

Se, por outro lado, a Corte permitir que o preço do produto acompanhe as mudanças nos preços das matérias-primas, também deverá se engajar em monitoramento cuidadoso desses preços e isso coloca grande fardo, tanto nos réus que irão gastar recursos compilando relatórios, como também nas próprias Cortes, que terão de filtrar quantidade imensa de informações.

¹⁷¹ DURAND, Anna. *Op. Cit.*, p. 187.

¹⁷² DURAND, A. *Idem*, p. 196.

Além disso, há grande dificuldade em definir o nível adequado de redução de preço. Geralmente o índice escolhido é a média do aumento ilegal, porém algumas vezes outros fatores devem ser levados em conta.

Um dos principais fatores é definir qual o período da redução de preço. Ao decidir pela redução de preço por curto período, a redução será maior e, provavelmente, também será a demanda dos consumidores. Quanto maior a quantidade demandada, maiores serão os custos e inconvenientes que os consumidores irão incorrer para buscar obter o produto. Ao contrário, em redução por longo período, o percentual do preço reduzido será maior, mas ainda assim haverá desvantagens: quanto maior o período, mais tempo o réu se beneficiará do montante ganho indevidamente. Além disso há a probabilidade de vários consumidores saírem do mercado sem receber compensação plena.¹⁷³

Para definir o percentual adequado de redução de preço também é importante analisar a sensibilidade da demanda do consumidor. Se ela for insensível, a redução não afetará a quantidade do produto que será demandada e esse método não será eficiente. Assim, é importante que a Corte analise os padrões de consumo dos autores para determinar o método que terá a maior probabilidade de melhor compensá-los, de modo que será necessário imensa quantidade de informações econômicas sofisticadas.¹⁷⁴

Coletar e analisar esse tipo de informação aumenta os custos operacionais dos mecanismos de preço como forma de distribuição dos danos. Ademais, defende-se que o julgamento se essa opção beneficiaria ou não a classe deveria ser feita caso a caso.

Além disso, há a preocupação com a estabilidade econômica da empresa e com os investidores ao se optar por esse mecanismo: sempre há a possibilidade de prejudicar os investidores e outros setores criando-se falsos incentivos e frustrando expectativas. Isso leva alguns autores a afirmarem que a *fluid recovery* como redução de preço beneficia a classe lesada não mais do que outras práticas.¹⁷⁵

Ressalte-se que ao propor uma distribuição de *fluid recovery*, deve haver especial atenção à escolha do meio que seja *accountable* à Corte. Não somente

¹⁷³ DURAND, A. *Idem*, p.198.

¹⁷⁴ DURAND, A. *Idem*, p. 198-199.

¹⁷⁵ DURAND, A. *Idem*, p. 182.

no uso do fundo, mas também na prestação de informações e na promoção dos propósitos constitucionais e proteção dos interesses das pessoas lesadas pela conduta ilegal.¹⁷⁶

Nesse sentido, verifica-se que houve clara preferência na aplicação de *non price mechanisms* da *fluid recovery*, que implicam na maioria das vezes a transferência de recursos, seja diretamente à própria classe, seja a terceiros. Na maioria das vezes, esses terceiros são instituições filantrópicas, de modo que a utilização do termo *fluid recovery* começou a ser criticada, por ser muito genérica e foi preferida a utilização do termo *cy pres* para designar essas transferências, devido à própria origem do instituto – dos *trusts* de caridade.

2.4 CY PRES

A *cy pres* possui não apenas diferentes formas de grafia, mas também, geralmente, vem acompanhada de diferentes termos em sua designação. Expressão com origem no francês normando, justifica-se constantemente ser escrita como “*cy près*”, ou mesmo com a utilização do hífen “*cy-près*”, mas com ampla utilização em países de língua inglesa, como Estados Unidos, Inglaterra e Canadá, também é escrita simplesmente como “*cy pres*”.

Os doutrinadores, ao buscar melhor delinear sua natureza jurídica, a denominam de “*cy pres doctrine*”, “*cy pres recovery*” ou mesmo “*cy pres relief*”. Ainda que todos os termos se remetam ao mesmo instituto, em essência, o que parece diferenciá-los é que “*cy pres doctrine*” geralmente se refere à sua utilização mais ampla, relacionada tanto à sua origem no direito dos *trusts*, como sua aplicação posterior nas *class actions*. Já os termos “*cy pres relief*” e “*cy pres recovery*” parecem se remeter mais constantemente à sua utilização nas *class actions*, como válvula de escape, meio de recuperação para efetivar a reparação.

2.4.1 ORIGEM DO INSTITUTO: “O MAIS PRÓXIMO DO POSSÍVEL”

¹⁷⁶ MACCALL, J. STURDEVARD, P. KAPLAN, L. HILLEBRAND, G. *Op. Cit.*, p. 850.

O termo “*cy pres*” deriva da expressão do francês normando “*cy près comme possible*”, que significa o mais próximo do possível. No contexto dos *trusts* de caridade, no qual a doutrina da *cy pres* tem sua origem, as Cortes a utilizam quando o instituidor ou testador firma *trust* para determinado propósito filantrópico e, de algum modo, sua intenção original não pode ser efetivada. Nesses casos, busca-se salvar o *trust* direcionando-o para o plano alternativo, que possa cumprir as intenções do doador da maneira mais próxima possível.¹⁷⁷

Tradicionalmente, a *cy pres* pode ser considerado o veículo pelo qual as intenções do doador (instituidor ou testador) podem ser efetivadas o mais próximo possível em circunstâncias em que o cumprimento literal de suas vontades não pode ser efetivado. Nesse contexto, a doutrina da *cy pres* tem recebido amplo reconhecimento judicial e adoção; Rachael Mulheron chega a afirmar que se trata de quase uma aceitação universal, ao menos nos sistemas de *common law*.¹⁷⁸

Tentativas de formular definição única para a doutrina da *cy pres* parecem ser impossíveis, porque a abordagem jurisdicional varia tanto quanto seu desenvolvimento histórico em cada jurisdição,¹⁷⁹ mas geralmente utiliza-se sua definição tradicional, contida no *Restatement (Second) of Trusts*.¹⁸⁰

Basicamente afirma-se que, se a propriedade é dada, na forma de *trust*, para ser aplicada ao propósito de caridade específico e é, ou se torna, impossível, impraticável ou ilegal de se realizar, mas o instituidor houver manifestado intenção mais geral para dedicar a propriedade para fins filantrópicos, o *trust* não será desperdiçado, e o Tribunal poderá direcionar a aplicação da propriedade para algum propósito que se insira dentro do âmbito da intenção de caridade geral do instituidor.¹⁸¹

¹⁷⁷ WASSERMAN, Rhonda. *Op. Cit.*, p. 114-115.

¹⁷⁸ Posição expressa em: MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*. Portland: Hart Publishing, 2006.

¹⁷⁹ RUDKO, Frances Howell. The *Cy Pres* Doctrine in the United States: From Extreme Reluctance to Affirmative Action. *Cleveland State Law Review*, vol. 46, p. 471-488, 1998, p. 473.

¹⁸⁰ O *Restatement (Second) of Trusts* foi reformado em 1996, vigendo atualmente o *Restatement (Third) of Trusts*. Para uma visão geral sobre os *trusts* ver: HALBACH JR., Edward C. Uniform Acts, Restatements, and Trends in American Trust Law at Century's End. *California Law Review*, v. 88, p. 1877-1921, 2000.

¹⁸¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Restatement (Second) of Trusts*. If property is given in trust to be applied to a particular purpose, and it is, or becomes, impossible or impracticable or illegal to be carried out the particular purpose, and if the settlor manifested a more general intention to devote the property to charitable purposes, the trust will not fail but the Court will direct

O *Restatement (Second) of Trusts* tem sua origem em 1957, substituindo a versão de 1935, e é considerado expressão da *common law* dos *trusts*.¹⁸² Entretanto, até mesmo essa definição sofre críticas de alguns doutrinadores que afirmam que os requisitos da impossibilidade, impraticabilidade e ilegalidade trazidos são, em grande medida, especificados por fatos e, portanto, abrem margem à manipulação em casos particulares.¹⁸³

Uma definição muito semelhante, mas, supostamente, mais adequada à manifestação moderna da *cy pres* e em compasso com sua aplicação tradicional nos *trusts* de caridade pode ser:

A propriedade é dada ou irá ser dada de A para B, para o propósito designado, sob obrigação legalmente exigível e é, ou se torna impossível, impraticável, ilegal ou inviável para o propósito original a ser efetivado e, de acordo com fatores relevantes e objetivos, é legalmente apropriado que a transferência original seja feita por aproximação. Então, por meio da Corte ou outra entidade superior, a transferência original pode ser legalmente alterada em seu aspecto material – notadamente, o propósito designado para o qual a propriedade é destinada, ou a natureza da propriedade transferida, para o propósito designado; ou os recipientes da propriedade são alterados, para aproximar o mais próximo possível da transferência original.¹⁸⁴

No século XIX, as cortes norte-americanas estavam um pouco relutantes em aplicar a *cy pres*, principalmente devido aos abusos dessa doutrina que ocorreram na Inglaterra. A maioria deles ocorreu no contexto dos poderes de prerrogativa da *cy pres* que permitiam ao rei se tornar o beneficiário do *trust*

the application of the property to some charitable purpose which falls within the general charitable intention of the settlor.

¹⁸² RUDKO, Frances Howell. *Op. Cit.*, p. 477.

¹⁸³ ATKINSON, Rob. *The Low Road to Cy Pres Reform: Principled Practice to Remove Dead Hand Control of Charitable Assets*. Florida State University College of Law, Public Law and Legal Theory Working Paper n. 176, 2005, p. 32.

¹⁸⁴ MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, p. 3. No original em inglês: "Where property is (or is to be) given by A to B for a designated purpose, under a legally enforceable obligation ('the original transfer'); AND it is or becomes impossible, impracticable, illegal or infeasible for the designated purpose to be effected; AND in accordance with relevant objective factors, it is legally appropriate that the original transfer be carried out by approximation; THEN by court or other superior order, the original transfer can legally be altered in a material respect – namely, the designated purpose for which the property is given, or the nature of the property transferred for the designated purpose, or the recipients of the property, are altered – to approximate 'as near as possible' the original transfer."

frustrado e aplicar o dinheiro em qualquer propósito, sem levar em consideração a intenção do instituidor.¹⁸⁵

Não obstante, os três requisitos trazidos pela definição do *Restatement* para a possibilidade de nova destinação dos fundos têm sido bem liberalizados pelas cortes; ademais, doutrinadores são quase unânimes em pedir por maior flexibilização.

Fato é que os *trusts* destinados à caridade ou as chamadas doações restritas são importantes não apenas devido ao aporte financeiro recebido pelas instituições, mas também, devido a sua missão estrita, pode representar ideia inovadora, a servir como indução à instituição para reinterpretar seu propósito ou até mesmo adotar outra missão.¹⁸⁶

Sabe-se que essa restrição ligada às doações demanda que a instituição recebedora separe e empregue os fundos de maneira consistente com o propósito específico do doador; entretanto, rapidamente isso pode se tornar um fardo: pode funcionar como mão morta (*dead hand*) para a instituição, sendo eterna restrição a sua atuação. Complica, ainda, o fato de a efetividade do setor filantrópico depender, em grande medida, de sua habilidade de responder às mudanças da sociedade.¹⁸⁷

Isso faz com que alguns doutrinadores defendam que as instituições de caridade deveriam ter a maior autonomia possível, isso inclui não apenas do Estado, mas também dos doadores; trata-se da defesa de reforma radical *de cy pres* para eliminar qualquer tipo de possibilidade de proteger o controle da mão morta (*dead hand control*), com a possibilidade de total autonomia e discricionariedade do *trustee* – dentro dos parâmetros das instituições filantrópicas.¹⁸⁸

Ainda que tais medidas possam parecer muito radicais, é fato que vários esforços são feitos no sentido de flexibilizar a *cy pres*.

Em primeiro lugar, se eliminou a necessidade de se provar que o doador tinha intenção de caridade geral ao fazer a doação fazendo com que a *cy pres*

¹⁸⁵ CHAEVITCH, Anton. When Charity Meets Racism: The Story of Cy Pres in the United States and England. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 54, p. 502-529, 2016. p. 509.

¹⁸⁶ GOODWIN, Iris. Ask Not What Your Charity Can Do for You: Robertson v. Princeton Provides Liberal-Democratic Insights into Cy Pres Reform. *University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 23, 2008*, p. 25.

¹⁸⁷ GOODWIN, I. *Idem*, p. 26-27.

¹⁸⁸ ATKINSON, R. *Op. Cit.*, p. 5.

fosse mais fácil de se obter. Além disso, recentemente, os motivos para sua utilização sofrem modesta expansão, com a adição de mais um critério à tríade impossibilidade, impraticabilidade e ilegalidade: o do desperdício.

O desperdício, em acepção direta e restrita, permite a análise da adequação do fundo no que tange à sua missão e se exerce além desses requisitos específicos, permitindo que seja utilizado em projetos similares. Tal adição parece refletir o esforço deliberado em expandir as circunstâncias nas quais a Corte pode modificar uma doação restritiva. Parece que essas tentativas de expandir as possibilidades de uso da *cy pres* têm viés bastante pragmático, mas talvez apenas a adição de critério como o do desperdício não confronte o âmago do problema: ainda que permita à Corte ter acesso aos fundos, não permite que se considere a eficácia social contínua da missão original do fundo.¹⁸⁹

Assim, de maneira resumida, pode-se afirmar que a doutrina geral da *cy pres* é aplicada toda vez em que o *trust* for usado como método para dedicar propriedade à caridade, e quando ela não puder ser aplicada de acordo com a intenção do doador, permite à Corte fazer o esquema de aplicação para outro propósito filantrópico que seja o mais próximo possível daquele original designado pelo doador. Deve-se lembrar que quando a doação for feita diretamente, sem o uso de um mecanismo de *trust* e a doação falhar, o Estado não precisa utilizar a *cy pres*, podendo lidar com a propriedade por outros mecanismos.¹⁹⁰

Ainda que tradicionalmente a *cy pres* tenha origem nesse contexto específico, verifica-se que nas últimas três décadas, ela caminha, tanto judicialmente quanto legislativamente, para outros territórios legais em que o “mais próximo do possível” é considerado apropriado ante às circunstâncias. Isso ocorre particularmente nas litigâncias coletivas. A *cy pres* também é usada na aplicação de multas contra réus na proteção do consumidor, e quando ordens para obrigação de fazer específica não podem ser realizadas; também há sua

¹⁸⁹ GOODWIN, Iris. *Op. Cit.*, p. 39.

¹⁹⁰ MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, p. 53.

manifestação mais rara no contexto dos *trusts* não filantrópicos, geralmente utilizados para diminuir a incidência tributária.¹⁹¹

Em geral, parece que o decreto do “mais próximo possível” ganha diversos pontos de apoio legal em circunstâncias que envolvem a transferência de dinheiro ou propriedade, sendo de especial interesse para o presente estudo sua aplicação nas *class actions*.

2.4.2 APLICAÇÃO NAS CLASS ACTIONS

O conceito da *cy pres* ficou por muito tempo limitado somente ao direito dos *trusts*. Não havia a necessidade de invocar esse instituto no âmbito das *class actions*, porque a estrutura legal existente não permitia que danos fossem auferidos sem que houvesse recebedor definido. Isso, porém, mudou drasticamente, com a reforma da Regra 23 que permitiu a inclusão dos membros ausentes. Ao mesmo tempo, isso abriu espaço para que parte dos fundos recebidos permanecesse não demandada pelas mais diversas razões: seja porque os integrantes da classe eram difíceis de serem identificados, ou porque os custos administrativos para alcançá-los eram muito pesados, ou mesmo porque os membros da classe falharam em responder a notificação ou de se incluir nos ganhos da classe.¹⁹² Nesses casos, torna-se comum a utilização da *cy pres* ou da *fluid recovery*.

A utilização da *cy pres* no âmbito das *class actions* iniciou-se e foi construída pela jurisprudência. Não há previsão legal específica alguma, ao menos no direito norte-americano,¹⁹³ sobre a possibilidade de sua aplicação nas *class actions*. Ademais, seu tratamento nas mais destacadas jurisdições de *common law* que possuem um sistema de *class actions* varia de maneira

¹⁹¹ MULHERON, R. *Idem*, p. 3.

¹⁹² CHASIN, Chris. Modernizing Class Action *Cy Pres* Through Democratic Inputs: A Return to *Cy Près Comme Possible*. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 163, p. 1463-1495, 2015, p. 1468.

¹⁹³ Nos sistemas de *common law* há a previsão expressa da possibilidade de aplicação da *cy pres* nas *class actions* no ordenamento jurídico do Canadá.

enorme: desde se a *cy pres* é permitida, até como ela é implementada – se por lei ou por precedente.¹⁹⁴

Há mesmo o dilema de até que ponto ela deveria ser codificada ou deixada para o desenvolvimento caso a caso, com auxílio das leis gerais; algumas leis que buscam articular possibilidades de sua utilização em outros âmbitos fora dos *trusts*, mas a maneira como ela deveria ser aplicada, propriamente dita, frequentemente não tem sido endereçada.¹⁹⁵

Assim, pelo menos no Direito norte-americano, por meio da analogia à possibilidade de destinação de fundos a um uso próximo, as cortes começaram a aplicar a *cy pres* aos fundos residuais das *class actions*. Porque, em sua essência, a doutrina permite que os danos recebidos ou que as somas derivadas de acordos sejam distribuídas a melhor uso próximo, toda vez que os membros da classe ou alguns deles não possam ser compensados individualmente.¹⁹⁶

Porém, à medida que seu uso se torna mais comum, também fica mais sujeito a críticas. Atualmente, é possível afirmar que há 3 principais linhas de pensamento: uma que entende que a *cy pres* é o remédio adequado para as mais diversas situações, outra entende que a *cy pres* nunca é apropriada, especialmente em acordos nas *class actions* e, finalmente um meio termo, que entende esse mecanismo como apropriado apenas como último recurso e somente quando a causa do recebedor tiver nexos com os interesses dos autores.¹⁹⁷

A linha de pensamento intermediária parece ser a mais ponderada e adequada à realidade social, entretanto não é isenta de controvérsias, especialmente ao afirmar a importância do nexo de interesse para o uso dos fundos, incluindo mais um elemento na equação.

Em primeiro lugar é importante analisar as circunstâncias da aceitação da *cy pres* pela própria doutrina e jurisprudência. Parece que quando ela é apresentada apenas como instrumento para distribuir danos, quando sua base tenha sido calculada individualmente pelos membros da classe ou pode ser verificada de maneira agregada, há maior receptividade.

¹⁹⁴ MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, p. 229.

¹⁹⁵ MULHERON, R. *Idem*, p. 312.

¹⁹⁶ MULHERON, R. *Idem*, p. 216.

¹⁹⁷ FENN, Matt. *Op Cit.*, p. 9.

Ao contrário, a *cy pres* é vista na maioria dos países como algo considerado prematuro até que os fundos tenham sido distribuídos para as vítimas na máxima extensão possível, se essas forem identificáveis; fala-se que até mesmo a menor das recompensas deve ser distribuída antes da possibilidade da *cy pres* ser contemplada.¹⁹⁸ Entretanto, sabe-se que há situações em que é possível seu uso direto, antes mesmo da tentativa de distribuição individual.

A primeira delas é quando o recebimento do valor por integrante da classe for extremamente pequena. Quando isso ocorre, imediatamente dois problemas se manifestam: ou o custo de providenciar uma ação individual seria maior do que a recompensa em si, ou o custo de distribuir os danos pode exceder o valor da recompensa; em ambos os casos, a *cy pres* pode ser utilizada. Essencialmente, trata-se da análise de custo benefício: os altos custos administrativos dispendidos nas ações pela corte e a possível recuperação ínfima. Notadamente, esse é um dos parâmetros que as cortes nos Estados Unidos mais se pautam; por exemplo, quando a recuperação for de 1 dólar por membro da classe ou menos, a *cy pres* é inquestionável como opção.

Outra situação é quando as identidades dos membros da classe não são e nem podem ser conhecidas para propósitos de distribuição. Talvez o melhor exemplo dessa situação sejam as *class actions* antitruste, em já se sabe de antemão que, na maioria das vezes, é impossível ou impraticável compensar todas as vítimas¹⁹⁹ devido à própria natureza da ação. Ou mesmo em situações em que os membros da classe estão espalhados dentro das cadeias de distribuição de um produto. De maneira similar, quando o número absoluto de membros da classe fizer com que a distribuição dos danos seja difícil ou até mesmo impossível,²⁰⁰ por exemplo, recentemente houve *class action* antitruste envolvendo a Microsoft a respeito do preço de um *software* para computadores, em que os membros da classe eram aproximadamente 100 milhões de pessoas.

¹⁹⁸ MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, p. 259.

¹⁹⁹ Ver mais em: FOER, Albert. AMORE, Roberto. *Cy Pres as an Antitrust Remedy*. American Antitrust Institute Working Paper No. 05-09, 2005.

²⁰⁰ MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, p. 262.

Há ainda os casos em que se prediz, com certeza, que alguns dos membros da classe não irão se apresentar para receber os danos. As razões para tanto são muitas: além dos casos já mencionados, em que os membros da classe são idosos ou portadores de doenças graves, há os casos em que os membros da classe não conseguem ser notificados, ou podem não se apresentar por estarem em alguma situação ilegal (possivelmente relacionada a imigração),²⁰¹ ou seus estilos de vida nômades podem fazer com que as demandas sejam muito pouco prováveis ou difíceis de serem executadas praticamente; ou mesmo fatores socioeconômicos como a falta de educação ou informação adequada que podem reduzir a probabilidade dos membros da classe se apresentarem.²⁰²

Essas são algumas das situações em que é possível o uso direto da *cy pres*, mas não são as únicas, nem são fatores que devem ser analisados em isolamento na equação; ao conferir novo fim a determinado montante por meio da *cy pres*, também se traz junto a elas dificuldades que seu uso tem no contexto dos *trusts* de caridade.

Assim, em segundo momento é importante verificar em que medida a distribuição para outro fim pode potencialmente beneficiar os outros membros da classe; trata-se do quesito da proximidade. Porque, toda vez que o dinheiro derivado de julgamento ou acordo não for direcionado diretamente à classe, sempre há a possibilidade de seus integrantes se sentirem prejudicados, uma vez que sua propriedade supostamente é dada a outrem. Nesse sentido, percebe-se esforço das Cortes em buscar desenvolver alguns fatores objetivos para determinar o grau em que a *cy pres* beneficia a classe.

O primeiro deles é analisar em que extensão a distribuição da *cy pres* irá beneficiar os membros da classe originais. É sem dúvida uma desvantagem desse mecanismo que as vítimas originais que compõem a classe não necessariamente serão compensadas diretamente, devido à sua própria natureza. Mesmo assim, a possibilidade de qualquer proposta de *cy pres*

²⁰¹ Foi o caso da *class action: Six (6) Mexican Workers v. Arizona Citrus Growers*.

²⁰² MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, p. 261.

depende da coincidência, no máximo possível, entre a classe original e os potenciais recebedores.²⁰³

Em jurisprudência significativa das Cortes dos Estados Unidos verifica-se que o benefício à classe original pode ser atingido de maneira tangencial, por exemplo, efetuando a recuperação em interesses ou hobbies semelhantes ou relacionados,²⁰⁴ por meio da correção do dano que os membros da classe reclamaram,²⁰⁵ ou mesmo a possibilidade de efetuar distribuições entre os membros da classe que estão em situação econômica inferior à dos demais,²⁰⁶ mesmo que isso seja bastante criticado.²⁰⁷

Em outra perspectiva, a proximidade envolve questão geográfica: tentar adequar os recebedores da *cy pres* com o âmbito geográfico da ação originária tem se provado de vital importância e uma falha nisso tem resultado na recusa de algumas propostas. Note-se que preferência similar tem sido adotada no contexto dos *trusts*.²⁰⁸

Porém, quando os membros da classe estão amplamente distribuídos por todo território nacional, então outros fatores devem ser importantes para demonstrar a coincidência necessária para permitir a *cy pres*. Por exemplo, a escolha de uma instituição de caridade de âmbito regional ou mesmo municipal seria a maneira mais próxima para efetivar a recuperação, entretanto, com os membros da classe espalhados por todo o país, provavelmente os fundos seriam destinados a uma instituição com alcance nacional.²⁰⁹

²⁰³ MULHERON, R. *Idem*, p. 264.

²⁰⁴ Em *Re Compact Disc Minimum Advertisemenr Price Antitrst Litgation* os compradores de CD foram a classe lesada e a recuperação foi feita por meio da distribuição dos fundos a uma estação de rádio e um centro comunitário de arte por entender se tratar de interesses correlatos aos da classe.

²⁰⁵ Em *Resluk v. Boots Pharmaceutical plc.*, os danos decorrentes da representação incorreta, resultado da propaganda e venda de um remédio prescrito para o tratamento de hipotireoidismo, foram distribuídos a organizações específicas, notadamente, hospitais e universidades que desenvolvem pesquisas sobre hipotireoidismo; entendeu-se tal doação auxiliaria os membros da classe futuramente.

²⁰⁶ Tal parâmetro foi utilizado em *Brewer v. Southern Union Co.*, em que a classe lesada era a dos consumidores de gás que haviam sido sobretaxados pela companhia. A quantia era pequena demais para ser distribuída e a redução de preço não era uma opção, assim, o dinheiro foi distribuído através de uma quantia fixa destinada a programas de acesso à energia administrados pela Departamento de Energia e Minério do Estado de New Mexico. O mesmo parâmetro foi utilizado em *Re Holocaust Victims Assets Litigantons* e efetuou a distribuição dos fundos para as vítimas do holocausto que se encontram mais economicamente necessitadas

²⁰⁷ MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, p. 265-266.

²⁰⁸ MULHERON, R. *Idem*, p. 266.

²⁰⁹ MULHERON, R. *Idem*, p. 267.

Por fim, é importante atentar para aqueles que serão os recebedores da *cy pres*: definir o quão próxima é a sua relação com os membros da classe originais e suas características como instituição, notadamente, o quão *accountable* ela deve ser.

Há grande tensão sobre qual a proximidade que a distribuição da *cy pres* deve ter de seu propósito original. Essa dificuldade em identificar o melhor uso dos fundos impacta diretamente na própria utilidade do instituto.

Em visão mais estreita sobre a aplicação da *cy pres*, o recebedor deve se orientar no mais próximo possível do propósito original da *class action* ou dos termos subjacentes ao acordo. Tal entendimento foi adotado no julgamento *Airline Ticket Commission Antitrust Litigation Travel Network v United Air Lines Inc* e foi repetido outras vezes por diversas cortes sob o argumento de que assim como o emprego da *cy pres* nos *trusts* não autoriza as Cortes a destinarem os fundos para qualquer instituição, por mais valoroso que seja seu propósito, o mesmo ocorre na *cy pres* nas *class actions*.²¹⁰

Entretanto, há ocasiões em que as Cortes adotaram um ponto de vista mais aberto em relação ao uso da *cy pres* diluindo-a para que possa ser empregada quando não houver aplicação óbvia dos fundos, de modo a apoiar a demanda trazida ou os interesses dos integrantes da classe.

Principalmente na última década, o Judiciário demonstra tendência à construção de espécie de “engenharia social” na aplicação dos fundos; trata-se da escolha deliberada de sua utilização em propósitos considerados caridosos e benevolentes, mesmo que sejam totalmente desvinculados dos membros da classe ou da causa da ação. A favor dessa abordagem há a controvérsia de que, se tais recebedores forem usuários dos recursos de maneira eficiente, o prêmio é benefício social. Portando, mesmo que seja “transferido” deveria ser perdoado. Entretanto, há a clara desvantagem de que, nessa abordagem, os parâmetros para definir quais são recebedores adequados para os fundos, e definir qual é o melhor uso torna-se atividade altamente subjetiva e discricionária.²¹¹

Por fim, o escrutínio do recipiente da *cy pres* apresenta-se como o último aspecto a ser analisado. Aqui, trata-se de questionar se o recebedor é *accountable*, responsável e se há supervisão adequada na aplicação dos fundos.

²¹⁰ MULHERON, R. *Idem*, p. 272.

²¹¹ MULHERON, R. *Idem*, p. 272.

Há especial preocupação em assegurar que o montante seja devidamente administrado, o que significa que a aprovação de um provável recebedor dependerá da averiguação de se tratar de uma organização respeitada e conceituada, com histórico de promoção de serviços de interesse público, de caridade e sem fins lucrativos, com administradores que tenham experiência em implementar recuperações de *class actions*.²¹²

Apenas a título de ilustração, em caso recente de 2005,²¹³ a *cy pres* dependeu da resposta satisfatória do provável recebedor às seguintes questões: (1) como a organização iria utilizar os fundos, de maneira que seja relacionada aos interesses da classe, incluindo a especificação de qual porção será destinada aos custos administrativos, (2) como a proposta, se aceita, irá trazer benefícios aos interesses da classe em particular e não apenas substituir outras verbas em seu funcionamento, (3) qual o compromisso em implementar a proposta se os fundos forem recebidos, (4) descrição de como e quando a organização irá reportar o uso dos fundos e, por fim, (5) o compromisso de se reportar à Corte.

O objetivo destes critérios é tentar proporcionar o maior nível de confiança e garantia à sociedade de que os fundos disponíveis para distribuição serão usados de maneira responsável e se manterá o respeito pelo Judiciário como instituição de salvaguarda. Porque os litigantes e a sociedade, em geral, confiam na higeidez das Cortes para a destinação adequada de grandes somas de dinheiro ou propriedade.²¹⁴

Fato é que, mesmo nesse contexto, a *cy pres* tem certo tom de benevolência: além de buscar conectar os danos recebidos no julgamento ou acordo o mais próximo possível da classe original, a doutrina não possui intenção de punir o réu.²¹⁵ Não é surpresa, portanto, que os réus geralmente prefiram tal alternativa aos pagamentos diretos para os integrantes da classe; do ponto de vista das relações públicas, há efeito muito mais positivo em fazer doação significativa para a caridade do que pagar condenação aos indivíduos da

²¹² MULHERON, R. *Idem*, p. 274-275.

²¹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. In re Compact Disc Minimum Advertised Price Antitrust Litigation

²¹⁴ MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, p. 310.

²¹⁵ MULHERON, R. *Idem*, p. 311.

classe.²¹⁶ Só por meio disso já é possível perceber que há diversos interesses envolvidos no desenvolvimento do uso da *cy pres* nas *class actions*, muitas vezes bem distantes da busca do uso mais próximo do possível.

2.5 CRÍTICAS A *CY PRES*

As cortes são adeptas à *cy pres* para distribuir os fundos residuais no contexto das *class actions* porque acreditam é uma alternativa superior às outras – incluindo-se a *fluid recovery*. Porque além de assegurar que o réu pague todo o montante, os fundos residuais são supostamente utilizados de maneira extensiva para beneficiar os membros ausentes da classe o máximo possível. Trata-se, sobretudo, de alternativa prática, pois põe fim ao problema quase imediatamente e econômica por não possuir altos custos operacionais. Além disso, traz tom virtuoso à *class action* e às Cortes ante a possibilidade de beneficiar uma instituição filantrópica que desenvolve trabalho benevolente. Entretanto isso não significa que o instituto é isento de críticas.

2.5.1 O PROBLEMA NOS ACORDOS COLETIVOS

Quase todas as *class actions* acabam em acordo, sendo que quase nenhuma ação certificada chega a julgamento. Ademais, a notificação da classe é feita com o valor total atingido pelo acordo e geralmente não envolve informações sobre o pagamento de ações individuais. Assim, uma vez que a corte tenha aprovado o acordo, ela não mais passa a lidar com o processamento das demandas. Sabe-se que, geralmente, apenas uma parte muito pequena dos integrantes da classe, de fato, pleiteiam e recebem a compensação do montante transacionado no acordo, o que leva muitos doutrinadores a afirmarem categoricamente que a *cy pres* não serve ao propósito de compensar as vítimas.²¹⁷

²¹⁶ WASSERMAN, Rhonda. *Op. Cit.*, p. 101.

²¹⁷ MULLENIX, Linda. *Ending Class Actions As We Know Them: Rethinking the American Class Action Rule*, p. 419.

Resumidamente é possível listar três motivos pelos quais as Cortes acabam aprovando acordos mesmo que os membros da classe tenham pouco ou nenhum benefício: em primeiro lugar, (i) o tempo do Judiciário é escasso busca-se tentar alocá-lo de maneira sensata visando a dar maior atenção às matérias de maior relevância. Em segundo lugar, (ii) em matéria consumerista, os casos em geral são pequenos, em que a recuperação, se distribuída, seria tão pequena que traria pouco ou nenhum benefício significativo para os indivíduos. Por fim, (iii) as opções da Corte são limitadas: ela pode rejeitar o acordo, de modo que a *class action* continuará a correr, onerando-a, ou pode aceitá-lo e limitar os honorários dos advogados – o que é problemático pois pode desincentivar a condução deste tipo de ação.²¹⁸

Assim, é possível afirmar que o principal problema da *cy pres* nos acordos de *class actions* é o fato de ela nem sempre estar alinhada a servir aos melhores interesses da classe, muitas vezes estando a serviço dos interesses do réu ou até mesmo dos representantes da classe e da própria Corte.

Conforme acima referido, a *cy pres* pode servir aos interesses do réu, uma vez que ao fazer uma doação à instituição de caridade em detrimento do pagamento devido aos membros da classe, o réu se beneficia da boa publicidade que isso gera e, possivelmente, mesmo conseguindo uma redução tributária associada a essa doação, ao passo que os membros da classe receberão pouco, senão nenhum benefício das atividades da instituição.²¹⁹

O uso da *cy pres* também pode servir aos interesses dos representantes da classe em vez da classe em si. Porque uma vez que os honorários advocatícios são calculados por meio do montante total da recuperação, os representantes da classe se beneficiam independentemente dos membros da classe efetivamente receberem algo.

Assim, há sempre o risco de o representante não se esforçar pela recuperação individual dos membros ou mesmo ignorá-los ante a possibilidade de grandes somas em honorários que serão calculados, justamente, por meio do valor total da *cy pres*.²²⁰

²¹⁸ FENN, Matt. *Op. Cit.*, p. 12.

²¹⁹ WASSERMAN, Rhonda. *Op. Cit.*, p. 120-121.

²²⁰ TIDMARSH, Jay. *Cy Pres and the Optimal Class Action*. *George Washington Law Review*, vol.82, p. 767-797, 2014. p. 772.

Além disso, enquanto em processos individuais os sujeitos têm incentivos para monitorar a performance dos seus advogados, no contexto das *class actions* não há essa mentalidade, uma vez que suas demandas são pequenas demais para justificar os custos para monitoramento.²²¹ O mesmo ocorre em relação à Corte: geralmente, os representantes da classe e os representantes do réu chegam com acordo pronto e buscam sua aprovação, sem incentivo algum para oferecer informações que possam trazer à tona os aspectos negativos da proposta. O juízo, preso às especificações da Regra 23 e o potencial *self-service* dos advogados de ambas as partes, fica sem informações suficientes e despreparado para avaliar se o acordo será prejudicial aos membros da classe.

Sabe-se, ainda, que os fundos disponíveis à época do acordo podem parecer abundantes e mascarar o verdadeiro montante que os membros da classe efetivamente recebem.²²² Talvez o exemplo que melhor ilustre essa relação entre os fundos disponíveis no acordo, a efetiva reparação dos membros da classe e a *cy pres* seja o *In re Baby Products Antitrust Litigation*.

Trata-se da tentativa de consolidar duas *class actions* antitruste contra duas empresas que produzem brinquedos e que supostamente teriam conspirado para estabelecer um preço-base para alguns produtos, de modo que os consumidores são prejudicados, pagando mais do que normalmente o fariam. A ação foi certificada e também foram criadas várias subclasses para pessoas que compraram produtos específicos. Após audiência foi aprovado um acordo de 35,5 milhões de dólares sendo 11,83 milhões de honorários advocatícios e 2,23 milhões destinados a custas processuais. Como critério de distribuição foi definido que os consumidores que trouxessem prova da compra receberiam 20% do valor da compra – que era o valor que foi pago a mais, devido à conduta do réu – mas aqueles que não tivessem prova da compra receberiam apenas 5 dólares. Caso houvesse fundos residuais em uma subclasse, os membros dela poderiam receber até 3 vezes o valor de sua reparação. Se ainda assim sobrassem fundos, os membros da classe, em geral, mesmo que pertencessem a outra subclasse poderiam receber valor extra e, finalmente, o que sobrasse seria doado à instituição e caridade escolhida pela corte.

²²¹ WASSERMAN, Rhonda. *Op. Cit.*, p. 135.

²²² SHEPHERD, Joanna. *Op. Cit.*, p. 17.

Aparentemente trata-se de um acordo razoável: busca pagar os membros da classe diretamente, as somas seriam razoáveis e a *cy pres* seria o último recurso. Entretanto, a realidade foi que a maioria dos compradores não submeteu a prova da compra e recebeu apenas 5 dólares cada de modo que os membros da classe só receberam efetivamente 3 milhões de um fundo de 35,5 milhões – menos de 10% do total.²²³

Há ainda um caso mais problemático em que os membros da classe sequer receberam compensação e a *cy pres* foi direcionada a uma instituição que o réu tinha interesse direto, que é o caso *Lane vs. Facebook Inc.*

Nessa *class action*, os membros da classe, usuários da rede social, entraram com a ação contra o *Facebook* devido ao uso não autorizado de um programa chamado “*Beacon*” que compartilhava informações sobre as atividades dos usuários na Internet com seus contatos na rede social. Em particular, o *Beacon* anunciava no perfil dos usuários do *Facebook* acessos e atividades nos websites que contrataram com a empresa. Assim, por exemplo, se um usuário alugava um filme online na *Blockbuster*, isso apareceria no *feed* de notícias de seu perfil. O *Facebook* não solicitou a autorização dos usuários para participar do programa e muitos se sentiram invadidos reclamando que o *Beacon* acabou por postar informações privadas.

Por exemplo, o autor que deu nome à ação, Sean Lane, comprou um anel de presente de Natal para sua esposa na loja virtual *Overstock.com*, mas o *Facebook* publicou a compra em seu perfil e arruinou a surpresa – inclusive divulgando o preço por ele pago. Um acordo no valor de 9,5 milhões foi realizado, sendo 3 milhões destinados às custas processuais e honorários advocatícios. Os 6,5 milhões restantes não seriam distribuídos aos membros da classe, ao contrário, seriam usados para fundar uma nova instituição de caridade, a *Digital Trust Foundation* para custear e patrocinar programas que visassem à educação dos usuários da Internet, proteção de identidade e informações pessoais. Essa instituição seria administrada por três diretores, sendo um deles o Diretor de Políticas Públicas do *Facebook*.²²⁴

Assim, não há dúvida que a *cy pres* pode causar uma aparência de improbidade: em vez de designar beneficiários específicos para os quais os

²²³ WASSERMAN, Rhonda. *Op. Cit.*, p. 126-127.

²²⁴ WASSERMAN, R. *Idem*, p. 131-132.

fundos deveriam ser distribuídos ou uma lista de potenciais beneficiários dentre os quais a Corte deveria escolher, alguns acordos apenas dão o juiz a discricionariedade de designar uma instituição de caridade para a qual os fundos devem ser doados.²²⁵

Inclusive essa abertura dada as Cortes, nesses casos, para a distribuição dos fundos residuais gera nova gama de dificuldades e críticas ao uso da *cy pres*.

2.5.2 DISCRICIONARIEDADE DAS CORTES, *LOBBY* E O PROBLEMA DO “PRÓXIMO MELHOR USO”

Quando as partes fazem contrato ou negociam um acordo e não consideram e antecipam a destinação de possíveis fundos residuais, essa responsabilidade recai sobre as Cortes que devem não apenas realizar a distribuição desses fundos, mas também resolver eventuais disputas que venham a surgir sob esse aspecto.²²⁶

Parece que, no atual sistema, as cortes são livres para fazer quase qualquer coisa com os fundos oriundos de *cy pres*. Isso leva a inúmeras críticas por parte de doutrinadores que entendem que como resultado há um sistema *ad hoc*, imprevisível e geralmente não guiado por princípios; afirma-se que a *cy pres* é quase uma carta branca para as Cortes fazerem o que bem entendam com os fundos residuais.²²⁷

Há registro de que algumas Cortes tenham utilizado uma visão mais estreita do que seria o “proximamente relacionado” para aplicação da *cy pres*, rejeitando as propostas cuja missão dos recebedores não seja similar o bastante ao propósito subjacente da *class action*.

Porque as Cortes utilizam alguns mecanismos para determinar para onde deve ser direcionada a distribuição. Frequentemente, as partes ao fazerem o acordo já identificam possíveis beneficiários na minuta que será submetida à

²²⁵ WASSERMAN, R. *Idem*, p. 124-125.

²²⁶ FORDE, Kevin. What Can a Court Do with Leftover Class Action Funds? Almost Anything!. *The Judges' Journal*, vol. 35, n. 3, p. 1-12, 1996. p. 1.

²²⁷ JOIS, Goutam. *Op. Cit.*, p. 1-2.

aprovação judicial, porém, se não há especificação, solicitam-se indicações ao representante da classe. Algumas Cortes buscando eliminar potenciais indicações tendenciosas e assegurar que os melhores beneficiários possíveis sejam escolhidos realizam ampla divulgação da distribuição da *cy pres* para permitir que interessados submetam suas propostas para aprovação; outras buscam diminuir muito do trabalho que envolve a escolha do receptor da *cy pres* apontando comitês especiais para aconselhar qual seria o receptor mais adequado.²²⁸ Apesar de a maioria requerer que potenciais beneficiários não tenham relação com o representante de classe ou com a Corte, outras não fazem o mesmo.

Entretanto, esse posicionamento se torna menos comum, sendo que a tendência atual é uma opinião mais branda sobre o uso dos fundos residuais;²²⁹ em geral, as Cortes apenas verificam se eles serão usados para algum propósito socialmente relevante.

Independentemente desses mecanismos, as Cortes claramente têm a discricionariedade de alocar os fundos não distribuídos nas *class actions*. Nesse sentido, elas utilizam esse poder para beneficiar diversos propósitos filantrópicos, vários deles engajados na melhoria na administração da Justiça.²³⁰ Tais organizações, geralmente, não têm vínculo direto com a *class action*, mas são potenciais receptoras por haver expectativa de que os fundos beneficiem os membros ausentes da classe. Assim, alguns dos receptores mais comuns da *cy pres* são institutos de advogados, faculdades de Direito, professores de Direito, etc.²³¹

Consequentemente, é possível inferir o porquê do entusiasmo com a *cy pres*: demanda menos recursos judiciais do que maiores tentativas para distribuição entre os membros da classe e, em algumas ocasiões, dá às Cortes a rara oportunidade de alocar fundos para instituições de sua preferência, com a possibilidade de causar impacto social para além do âmbito da Corte. Entretanto, isso traz inúmeros problemas, uma vez que afirma-se que, tradicionalmente, as Cortes foram desenhadas para resolver conflitos, dar

²²⁸ CHASIN, Chris. *Op. Cit.*, p. 1472.

²²⁹ DOYLE, Thomas. Residual Funds in Class Action Settlements: Using “Cy Pres” Awards to Promote Access to Justice. *The Federal Lawyer*, jul., p. 26-29, 2010. p. 27.

²³⁰ FORDE, Kevin. *Op. Cit.*, p. 10.

²³¹ CHASIN, Chris. *Op. Cit.*, p. 1476.

sentido às normas públicas, não para decidir qual os melhores usos para fundos de caridade visando a beneficiar determinado grupo de pessoas.²³² Assim, a questão principal não deveria ser tanto se os fundos residuais estão sendo destinados à uma boa causa – que é a justificativa dada por grande parte da doutrina para *cy pres* –, mas se cabe à Cortes ter autoridade para definir aonde o dinheiro deve ir.²³³

Por um lado, quanto mais específica for a proposta de *cy pres*, maior a probabilidade que isso gere uma resposta negativa do réu, particularmente nos casos envolvendo uma *class action* antitruste e se busque, justamente, aumentar a competição no mercado. Por outro lado, quanto mais vaga, maior a liberdade do juiz de transferir o excesso de fundos.²³⁴

Com relação a isso, há uma crítica muito forte: ainda que seja difícil determinar empiricamente em que medida as preferências subjetivas e ideologias dos juízes determinam as distribuições da *cy pres*, é muito fácil verificar que nem todas as instituições de caridade são tratadas igualmente pelas Cortes. Por exemplo, a maioria das distribuições é feita para sociedades de auxílio legal, associações de advogados, faculdades de Direito, etc.²³⁵ Inclusive, há o caso de um juiz que utilizou a *cy pres* de uma *class action* consumerista para apoiar a Cruz Vermelha durante o Furação Katrina – ainda que seja uma causa admirável, não confere real benefício à classe.²³⁶

Tanto a Cruz Vermelha como as instituições de auxílio jurídico, claramente, são merecedoras; não se trata de uma tentativa de afirmar que elas não o são. Entretanto, assumindo que o propósito da *cy pres* é beneficiar indiretamente potenciais membros da classe, parece muito pouco provável que elas sejam uma escolha condizente. Ao contrário, dá a aparência de que houve clara preferência dos juízes e dos advogados envolvidos no acordo.²³⁷

Isso leva a outro problema que é a suposta criação de uma “indústria da *cy pres*”,²³⁸ ou seja, a criação de um *lobby* por parte de alguns grupos para angariar as recompensas.

²³² CHASIN, C. *Idem*, p. 1481.

²³³ JOIS, Goutam. *Op. Cit.*, p. 5.

²³⁴ YOSPE, Sam. *Op. Cit.*, p. 1024-1025.

²³⁵ YOSPE, S. *Idem*, p. 1027.

²³⁶ CHASIN, Chris. *Op. Cit.*, p. 1477.

²³⁷ YOSPE, Sam. *Op. Cit.*, p. 1028.

²³⁸ YOSPE, S. *Idem*, p. 1035.

Com as reduções de recursos ao serviço de assistência legal federal, a procura por novas formas para o financiamento desses serviços tem se tornado imperativa e por meio da *cy pres*, outorgas ou distribuições de fundos não demandados em acordos de *class actions* podem se tornar uma fonte de financiamento para os serviços legais de organizações cujo trabalho, supostamente, seja em benefício da classe.²³⁹

Um exemplo concreto é a Associação de Advogados de Nova Iorque que recentemente publicou um manual promovendo o uso da *cy pres* e conduz um grupo de trabalhos para desenvolver estratégias educacionais e de marketing com o objetivo de atrair dinheiro para si.²⁴⁰

Assim, a ineficiência da doutrina da *cy pres* nesse aspecto acaba encorajando esse tipo de comportamento. As caridades e organizações percebem que a discricionariedade judicial algumas vezes resulta em distribuições arbitrárias e aproveitam-se disso fazendo campanha por esse montante. Trata-se de um comportamento racional sob o ponto de vista de cada instituição, entretanto, para a classe e para a sociedade, como um todo, parece que esse *lobby* não necessariamente enfoca a maneira mais eficiente de utilizar esses recursos.²⁴¹

Uma das soluções trazidas pela doutrina é a utilização de uma *crowdsourcing* para auxiliar no dilema da *cy pres*. A *crowdsourcing* é um meio para obter informações ou serviços por meio da solicitação que chega a um grande número de pessoas, tipicamente via internet, algumas vezes oferecendo algum tipo de compensação pela participação e é um dos maiores responsáveis pela inovação de alguns setores comerciais e filantrópicos na última década.²⁴²

Por meio de um moderno sistema de *crowdsourcing*, as Cortes podem criar um sistema no qual membros da classe identificados podem não apenas votar em possíveis recebedores da *cy pres*, como também propor ativamente outras opções de destinação dos fundos. Esse sistema, inclusive, poderia ser desenhado de modo que potenciais recebedores também pudessem participar e

²³⁹ SELIGMAN, Brad. LARKIN, Jocelyn. Fluid Recovery and Cy Pres: A Funding Source for Legal Services. *Impact Fund*, p. 12-14, 2008. p.12.

²⁴⁰ YOSPE, Sam. *Op. Cit.*, p. 1035.

²⁴¹ YOSPE, S. *Idem*, p. 1036.

²⁴² CHASIN, Chris. *Op. Cit.* p. 1488.

dividir informações sobre si e seus projetos, uma vez que tivessem sido indicados.²⁴³

O modelo de *crowdsourcing* teria benefícios substanciais em relação ao atual modelo, uma vez que ao colocar a seleção inicial dos potenciais beneficiários da *cy pres* nas mãos da classe, a preocupação de quão precisa será a escolha será atenuada, à medida que se entende que a maioria da classe estará bem posicionada para julgar sobre quais são seus interesses. Talvez o mais importante seja que o papel dos juízes e dos advogados na definição do destino da *cy pres* seja substancialmente reduzido.²⁴⁴

Ademais, apesar das potenciais falhas, os mecanismos baseados no voto podem melhorar a precisão e responsividade da distribuição do *cy pres*, não somente direcionando os fundos para um suposto benefício geral, mas para benefício escolhido pela classe, que tende a beneficiá-la diretamente. Tais mecanismos até mesmo podem ajudar a reabilitar a imagem da *class action*, conferindo-lhe uma roupagem mais democrática e proba e, principalmente, aumentar o envolvimento dos litigantes no processo.²⁴⁵

2.6 BREVE PANORAMA DA CY PRES/FLUID RECOVERY NOS SISTEMAS DE COMMON LAW E CIVIL LAW

Por fim, parece importante analisar, ainda que de maneira breve, a existência da *cy pres/fluid recovery* em outros países e sistemas jurídicos, que não o estadunidense. Para tanto foi feito um recorte metodológico entre os dois sistemas jurídicos: a *common law* de um lado e a *civil law* de outro. Ainda que sejam, em grande medida, uma abstração de tipos ideais, é possível considerar que, em geral, o modo como a autoridade do Estado se organiza nesses sistemas tem relevantes diferenças, que afetam a maneira como a resolução de litígios é conduzida em cada um deles.²⁴⁶

²⁴³ CHASIN, C. *Idem*, p. 1489.

²⁴⁴ CHASIN, C. *Idem*, p. 1489-1490

²⁴⁵ CHASIN, C. *Idem*, p. 1494.

²⁴⁶ Para um estudo mais aprofundado: DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven and London: Yale University Press, 1931.

Além disso, foram elegidos para cada sistema dois países, de continentes distintos, visando à maior diversidade na análise. Sabe-se que há uma limitação e um reducionismo nessa opção. Porque as pressões sobre burocratização do maquinário da justiça interagem com estruturas herdadas dos sistemas de maneiras complexas; os sistemas nunca são ideais, há aqueles híbridos e não é possível analisá-los sem se considerar seus antecedentes históricos.²⁴⁷

Não obstante, é importante a apresentação desse panorama à medida que busca tentar ter um desenho melhor do funcionamento do instituto da *cy pres/fluid recovery*.

2.6.1 COMMON LAW: INGLATERRA E CANADÁ

Para a análise dos sistemas de *common law* elegeram-se os sistemas jurídicos de Inglaterra e Canadá.

O sistema jurídico da Inglaterra tem sua importância à medida que utilizou a *cy pres* quase no mesmo momento histórico, e no mesmo contexto dos *trusts* de caridade que os Estados Unidos. Entretanto o desenvolvimento desse instituto em ambos os países foi bastante diferente: a Inglaterra não experimentou essa expansão dos usos da *cy pres* e, principalmente, não há registros que a tenha utilizado alguma vez no contexto das *class actions*.

Porque nesse sistema jurídico a aplicação da *cy pres* é possível sem que seja necessário recorrer às Cortes para tanto. Assim dependendo da natureza do *trust*, o *Charity Commissioner*, a *Chancery Division* ou o *Ministry of Education* podem fazer o redirecionamento de aplicação de maneira direta. Utiliza-se a *cy pres*, portanto, sem que isso gere um precedente ou afete a doutrina profundamente.²⁴⁸

Tal panorama alia-se ao fato de que a Inglaterra não tem uma tradição muito forte em ações coletivas. O Sistema de procedimento coletivo mais comum adotado é conhecido como “*Group Litigation Order*” em que o sujeito ingressa

²⁴⁷ DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven and London: Yale University Press, 1931. p. 18.

²⁴⁸ CHAEVITCH, Anton. *Op. Cit.*, p. 522.

com a ação de maneira ordinária e se sua demanda acabar, eventualmente, envolvendo questões de fato ou de direito comuns a outros processos, as ações não podem ser manejadas e ter uma audiência conjunta, de modo que os sujeitos tenham a possibilidade de se beneficiar com a divisão de custos de um julgamento conjunto.²⁴⁹

Assim como os membros da classe são relativamente bem definidos em termos processuais, as ações coletivas não costumam se deparar com o problema de eventuais sobras na execução ou de acordos realizados, em que o valor total será muito pequeno para ser dividido com todos os lesados. Nesse sentido, não é surpresa que as recentes reformas no procedimento da Inglaterra tenham ignorado completamente o tópico da *cy pres*.²⁵⁰

Entretanto, parte da doutrina na Inglaterra defende que é necessária a introdução de uma ação coletiva sob o modelo *opt out*, sendo que assim seria fundamental a discussão sobre a utilização de mecanismos de *fluid recovery* ou da própria *cy pres*.²⁵¹ Inclusive, no início de 2013 o Reino Unido anunciou que irá introduzir *class actions* sob o modelo de *opt out* especialmente para lidar com os casos que envolvem condutas anticompetitivas ou infrações à ordem econômica,²⁵² e abrem uma nova gama de discussões para esse sistema jurídico.

No Canadá diversamente há uma recepção maior da *cy pres*, inclusive sendo instituto com previsão para sua aplicação nas *class actions* por meio de legislação específica em pelo menos 9 das províncias que adotam o sistema de *common law*,²⁵³ Ontario especialmente conta com a previsão no *Class Proceedings Act 1992*, na *Section 26*.

Há algumas divergências na regulamentação entre as diferentes províncias de *common law* no Canadá, especialmente quanto à função que a *cy pres* desempenha. Entretanto, as Cortes de maneira geral, têm reconhecido sua função como um meio de desincentivo à prática de condutas ilícitas.²⁵⁴

²⁴⁹ HIGGINS, Andrew. ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Class Actions in England? Efficacy, Autonomy and Proportionality in Collective Redress*. Oxford Legal Studies Research Paper No. 93/2013, 2013. p. 3.

²⁵⁰ MULHERON, Rachael. *The Modern Cy-près Doctrine: Applications & Implications*, p. 229.

²⁵¹ MULHERON, R. *Idem*, p. 229.

²⁵² No original em inglês: "*competition law*"

²⁵³ DEWITT, Aaron. ...And yet so far? The utility of the Cy Près Coctrine in class proceedings against the Crown. *The Canadian Class Action Review*, vol. 11, n. 2, p. 395-408, 2016. p. 395.

²⁵⁴ MULHERON, Rachael. *The Modern Cy-près Doctrine: Applications & Implications*, p. 234.

Especialmente, há dois tipos de previsões de uso distintas para a *cy pres* nas *class actions* canadenses. A primeira delas a utiliza com caráter residual e está presente na maioria dos acordos que envolvem as ações coletivas. Basicamente, definem que qualquer dinheiro que não seja pago aos demandantes será destinado a uma instituição de caridade; por ser eventual e condicionado ao não pagamento direto aos lesados, não é quantificável *ex ante*. O segundo tipo de previsão é uma *cy pres* fixa, em que já se sabe de antemão tanto a identidade da instituição filantrópica beneficiada, quanto o montante que lhe será destinado, uma vez que tudo é fixado no momento do acordo.²⁵⁵

Ressalta-se aqui o importante papel que os acordos em *class actions* desempenham para o desenvolvimento do uso desse instituto no Canadá. Inclusive, tal prática é bastante comum, com a distribuição de somas significativas em dinheiro. Tal opção é eminentemente uma escolha feita pelos representantes da classe, juntamente ao réu. Também o destinatário dos fundos, nesses casos, é determinado de maneira privada, entre os representantes das partes e o réu – apenas em alguns casos há a presença do juiz. Esse caráter fortemente privado da distribuição da *cy pres* no Canadá tem gerado preocupação por parte da doutrina que critica a falta de envolvimento do juízo na fiscalização destas distribuições.²⁵⁶

2.6.2 CIVIL LAW: ITÁLIA E ARGENTINA

Para a análise dos sistemas de *civil law* foram escolhidos os sistemas jurídicos da Itália e da Argentina.

A Itália não possui previsão em seu ordenamento da *fluid recovery* ou da *cy pres*. Porque a ação coletiva italiana é bastante recente e houve uma opção por mecanismo de *opt in*. Assim, a decisão da Corte afeta apenas aqueles membros da classe que deliberadamente escolherem integrar a ação, por meio da adesão (*adesione*).

²⁵⁵ KALAJDZIC, Jasminka. The “illusion of compensation”: *cy pres* distributions in Canadian class actions. *The Canadian Bar Review*, n. 2. vol. 92, p. 173-209, 2013. p. 178-179.

²⁵⁶ KALAJDZIC, J. *Idem*, p. 191.

Apenas a título de ilustração, somente após um considerável número de tentativas houve a aprovação de uma primeira forma de coletivização, com o artigo 140-bis do Código do Consumidor (*Codice del Consumo*), sob a rubrica de “*azione di classe*”. O Código do Consumidor é legislação de 2005, sendo que esse artigo, em específico, sofreu mudanças significativas em 2009²⁵⁷ e em 2012, na tentativa de lhe conferir maior eficiência.²⁵⁸

Entretanto, é possível afirmar que mesmo com as reformas, a proteção que a ação de classe italiana deveria conferir aos direitos tutelados está longe do desejado, à medida que se mostra difícil de manejar. Em geral, ainda que a primeira reação do grupo ofendido seja intensa, a tendência é a extinção da ação, ante a um procedimento processual excessivamente complicado.²⁵⁹

Porque, nem o artigo 140-bis ou qualquer outra legislação italiana trazem previsões específicas que busquem facilitar o financiamento de ações coletivas.²⁶⁰ Assim, permanece o questionamento da eficiência desses mecanismos, uma vez que se a causa for pequena, muitos consumidores não irão buscar integrar a ação ante a ponderação dos custos que ela irá gerar e os lucros irrisórios que o autor poderá receber ao fim do processo.

Além disso, há o problema fundamental pela adoção pelo modelo de *opt in* para configuração da classe. Giorgio Afferni afirma que, nesse ponto, a opção feita na configuração da *class action* italiana confirma o ceticismo que a doutrina americana, em especial, possui pelo *opt in*. Analisando-se faticamente, o número de consumidores que integra as ações é muito pequeno. Inclusive, um caso extremo é o caso da *Codacons v. Voden Medical Instruments* em que o Tribunal de Milão aceitou uma *class action* contra um distribuidor de vacinas de gripe por suposta prática comercial ilegal. Depois que a ação foi admitida e foi feita a adequada notificação, convidando os consumidores que compraram a mesma

²⁵⁷ Especificamente sobre a importância da Lege n.99 del 2009 para os processos coletivos na Itália ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 164-172.

²⁵⁸ CAPONI, Remo. *Italian “Class Action” Suits in the Field of Consumer Protection: 2016 Update*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2796611>. p. 2.

²⁵⁹ VIGORITI, Vincenzo. Giustizia e futuro. *Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 26, n. 2, p. 123-130, 2010. p. 128.

²⁶⁰ CAPONI, R. *Idem*, p. 4.

vacina para fazer parte da ação, o resultado final foi que apenas um consumidor optou por integrá-la.²⁶¹

Assim como a Inglaterra, portanto, a Itália não necessita da utilização de mecanismos como a *cy pres* ou a *fluid recovery* uma vez que ante a um sistema de *opt in*, os membros da classe são relativamente bem determinados, ainda que representem parcela irrisória dos sujeitos potencialmente afetados.

Diferentemente da Itália que apresenta uma legislação setorial em matéria de processos coletivos, a Argentina conta com algumas disposições técnicas em matéria de processos coletivos.²⁶² A primeira lei sobre a matéria foi a *Ley de Defensa del Consumidor* – LDC (Ley n.º 24.240 de 1993), em seguida, com a reforma da Constituição em 1994, houve a nova redação do artigo 43, que afirma que a tutela dos interesses coletivos será feita por meio de um instituto denominado “*amparo colectivo*”. Além disso, em 2002, foi promulgada a *Ley General del Ambiente* (Ley n.º 25.675 de 2002) que recebeu a ação para recomposição de dano ambiental.²⁶³ (225)

Especificamente no que tange à execução, há um mecanismo de distribuição fluida que foi autorizado, justamente, pelo artigo 54 da *Ley de Defensa del Consumidor* – LDC (Ley n.º 24.240 de 1993),²⁶⁴ ao prever que, não

²⁶¹ AFFERNI, Giorgio. ‘Opt-In’ Class Actions in Italy: Why are they Failing?. *Journal of European Tort Law*, vol. 7, p. 82-100, 2016. p. 88.

²⁶² Trata-se de classificação efetuada pela obra: WATANABE, Kazuo. MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

²⁶³ BARRUSO, Leandro Fabián. Acciones Colectivas en la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina. *Derecho & Sociedad*, n. 38, p. 205-214, 2013. p. 225.

²⁶⁴ ARGENTINA. Ley n.º 24.240 de 1993. Artículo 54. — Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

sendo possível individualizar os usuários ou consumidores afetados, o juiz poderá ordenar que a reparação seja feita da maneira que melhor beneficie o grupo afetado.

Assim, seria possível trazer algum benefício relevante para a classe afetada e, sobretudo, evitar que aquele que praticou a conduta ilícita seja beneficiado. Trata-se da aplicação da *fluid recovery*, justamente porque restando impossibilitada a distribuição direta, busca-se beneficiar os membros da classe da melhor maneira (“*en la forma que más beneficie al grupo afectado*”), mesmo que de forma indireta, destinando o montante em seu proveito.

Em linhas gerais, e ante a ausência de uma regulamentação detalhada sobre a matéria, é possível afirmar que as formas que esse tipo de mecanismo pode ter estão sob a discricionariedade do juiz (“*el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado*”), juntamente com a justificação racional que deve ser trazida para sustentar a opção escolhida. A única condição que a LDC traz é que a solução seja aquela que mais beneficie o grupo afetado.²⁶⁵

Francisco Verbic afirma que a responsabilidade pelo cumprimento do propósito dos fundos residuais, tanto o depósito, como efetiva destinação à finalidade indicada deve caber às associações que figuraram como autoras, por intermédio do próprio juiz da causa.²⁶⁶

Nesse sentido, é interessante o caso recente julgado pela Sala C da *Cámara Nacional en lo Comercial* que abordou especificamente o problema gerado pela falta de incentivos aos membros da classe para se apresentarem e liquidarem seus créditos individualmente. O caso foi promovido por duas associações de defesa do consumidor face à *C&A Argentina S.A.* pela cobrança ilegal de uma taxa de seus consumidores.²⁶⁷

Por se tratar de um dos primeiros casos em que se aplicou o mecanismo da *fluid recovery* na Argentina, destacam-se dois aspectos reconhecidos pela

²⁶⁵ VERBIC, Francisco. *Condena de restitución colectiva: el destino de los fondos no reclamados y el mecanismo de fluid recovery (o de cómo garantizar que la demandada no lucre con su actividad ilícita)*. p. 6. Disponível em: <https://www.academia.edu/3428928/Condena_de_restituci%C3%B3n_colectiva_el_destino_de_los_fondos_no_reclamados_y_el_mecanismo_de_fluid_recovery_o_de_c%C3%B3mo_garantizar_que_la_demandada_no_lucre_con_su_actividad_il%C3%ADcita_>

²⁶⁶ VERBIC, F. *Idem*, p. 19.

²⁶⁷ VERBIC, Francisco. Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de fluid recovery. Nociónes generales y su recepción en Argentina y Brasil. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, n. 6, p. 3791-3813, 2012. p. 3807.

Cámara: tanto a ampla discricionarietà que os juízes têm na matéria, quanto que os fundos obtidos nesses casos nunca devem ficar com a parte ré.²⁶⁸

Assim, as somas devem, prioritariamente, ser destinadas às autoridades com competência na área de Defesa do Consumidor que têm o dever de determinar a maneira como os fundos serão aplicados. Uma possível sugestão de aplicação pode ser por meio de distribuições a organizações registradas, que desenvolverão programas de prevenção e formação de consumidores.²⁶⁹

²⁶⁸ VERBIC, F. *Idem*, p. 3809.

²⁶⁹ VERBIC, Francisco. *Condena de restitución colectiva: el destino de los fondos no reclamados y el mecanismo de fluid recovery (o de cómo garantizar que la demandada no lucre con su actividad ilícita)*. p. 15.

CAPÍTULO 3 – O FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS (FDD)

O Fundo de Defesa de Direitos Difusos é o fundo federal para o qual são direcionadas as condenações residuais de ações coletivas a nível federal, atendendo à previsão da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347 de 1985). Está ligado ao Ministério da Justiça sendo administrado por meio de um conselho gestor, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD).

Essa definição simplória na verdade esconde um mecanismo bastante complexo, tanto na tentativa de sistematização para análise, como também para sua operacionalização. Assim, nesse capítulo busca-se trazer um panorama, que tem consciência de sua incompletude, sobre o funcionamento geral do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD) – paradigma para funcionamento dos fundos estaduais; além de ser o fundo com mais recursos, com atuação mais destacada e também aquele que apresenta maior transparência em suas atividades.²⁷⁰

Em primeiro momento é trazido o cenário, com a regulamentação geral dos fundos no direito brasileiro, para então se passar à análise do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, sua origem, regulamentação legal e funcionamento básico, envolvendo as fontes de suas receitas e sua gestão, por meio do CFDD. Por fim, são trazidas brevemente algumas das principais críticas feitas pela doutrina à sua atual configuração e funcionamento.

3.1 O FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS: ORIGEM E FUNCIONAMENTO

Em matéria de direitos difusos e coletivos no Brasil, sabe-se que, geralmente, utiliza-se uma técnica condenatória quando não há mais a possibilidade da reparação do dano por outros meios. Porque percebe-se que a condenação pecuniária nesses casos é a menos efetiva, devido à própria

²⁷⁰ DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. Fundo federal de Reparação de Direitos Difusos (FDD): aspectos atuais e análise comparativa com institutos norte-americanos. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 38, p. 124-139, 2005. p. 125.

natureza do bem jurídico tutelado. Entretanto, consciente disso, a legislação abre alternativas para o aproveitamento desses recursos de forma a buscar alguma compensação aos prejudicados, ainda que de maneira indireta.

As previsões, tanto no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347 de 1985), como do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078 de 1990), tratam da destinação desse valor residual a um fundo cujo objetivo primordial é a recuperação dos bens lesados. Devido a essa previsão, afirma-se que haveria uma *fluid recovery*, reparação fluida, no direito brasileiro.

Ressalte-se, entretanto, que parte da doutrina critica esta previsão legal, uma vez que a reparação do bem lesado, em si, não seria possível de ser feita quando houver a reversão aos fundos, uma vez que se fosse possível, o causador do dano permaneceria responsável pela recuperação do bem, prestando uma tutela específica.²⁷¹ Além disso, a reparação fluida não se confunde com o fundo, que deve ser considerado mais como um instrumento para sua implementação do que com o instituto, em si.

Os fundos previstos na legislação podem ser criados e administrados tanto a nível estadual, com cada estado sendo o responsável por criar seu fundo e aplicar os recursos dele oriundos devidamente, quanto a nível federal. O fundo criado a nível federal é o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), objeto da presente análise.

3.1.1 REGULAMENTAÇÃO GERAL DOS FUNDOS FEDERAIS NO DIREITO BRASILEIRO

As primeiras previsões normativas do vocábulo “fundo” não são correspondentes ao seu atual significado; se referiam aos orçamentos públicos, conforme se depreende do texto do Decreto n.º 6.123 de 1876, que dispunha sobre a regulação da cotação oficial dos Fundos Públicos, ações de companhias, metais preciosos e a verificação do curso dos câmbios e descontos.

²⁷¹ SILVA, Érica Barbosa e. *A fluid recovery no sistema brasileiro e a efetivação dos direitos coletivos*. In: SALLES, Carlos Alberto. SILVA, Solange Teles da. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Orgs.). *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2006. p. 88.

Posteriormente, um pouco mais assemelhado ao modelo atual, o Decreto n.º 581 de 1889 criou dois fundos especiais, sendo um aplicável ao resgate e outro à garantia do papel moeda em circulação.²⁷²

Somente no início do século 20, seu tratamento legal adquiriu um contorno próximo da definição atualmente difundida, qual seja: o conjunto de recursos destinados a um fim específico, ou receita especial;²⁷³ que é o que se verifica no disposto pelo artigo 83, do anexo do Decreto n.º 15.783 de 1922, que aprova o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública.²⁷⁴

A partir de então, parece que tem se buscado consolidar os fundos como instrumento de fomento do Estado.²⁷⁵ Nesse sentido, e tendo em vista a necessidade de se garantir que os governantes adotem políticas públicas regionais e setoriais consideradas prioritárias e essenciais pelo Constituinte, a Constituição de 1988 prevê prerrogativas garantidas aos fundos constitucionais, a exemplo dos fundos de saúde e educação.²⁷⁶

Os fundos públicos, quanto à sua natureza jurídica, podem ser órgãos ou entidades da administração pública, direta ou indireta, ou apenas um meio institucional de alocação de recursos orçamentários, que tem como objetivo destinar a aplicação de ativos por determinados órgãos, entidades públicas, organismos internacionais ou instituições privadas. Ressalte-se que a criação de fundos com personalidade jurídica própria não é usualmente aplicada no direito brasileiro, embora, formalmente, não haja restrição a sua instituição.²⁷⁷

Assim, possuem certas prerrogativas, muito parecidas com as conferidas aos entes públicos, que são derivadas do princípio da supremacia do

²⁷² SAMPAIO, Manoel Serrão Borges de. *A contribuição dos fundos públicos para o financiamento ambiental: o caso do FNMA*. Brasília, 2006. 194 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília. f. 30.

²⁷³ SAMPAIO, M. S. B. de. *Idem*, f. 32.

²⁷⁴ BRASIL. Regulamento geral de Contabilidade Pública, aprovado pelo Decreto n.º 15.783 de novembro de 1922. Art. 83. Como receita especial considera-se o produto das fontes de renda a que, em virtude de preceito de lei e de estipulações contratuais, houver sido determinada aplicação especial, como as destinadas: a) ao resgate do papel moeda; b) à garantia da massa circulante fiduciária; c) ao resgate das apólices emitidas para encampação das estradas de ferro; d) ao fundo de amortização dos empréstimos internos; e) ao fundo para as obras de melhoramentos dos portos; f) ao fundo de custeio das obras contra as secas; g) ao fundo de custeio da profilaxia rural.

²⁷⁵ SAMPAIO, Manoel Serrão Borges de. *Op. Cit.*, f. 31.

²⁷⁶ Em especial destaque-se a destinação de parcela de recursos aos fundos cujo percentual específico, a depender da área a que se destina o fundo, é calculado sobre o produto da arrecadação dos impostos, conforme artigos 60, 77 e 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988.

²⁷⁷ SAMPAIO, Manoel Serrão Borges de. *Op. Cit.*, f. 33.

interesse público, como a impenhorabilidade e imprescritibilidade de seus bens e rendas e imunidade tributária.

Em contrapartida, também possuem responsabilidade objetiva sobre seus atos, além da obrigatoriedade da transparência em sua gestão. Desse modo, a programação por meio de fundos não dispensa o administrador público da obrigação de estabelecer previamente a alocação dos seus recursos; pelo contrário: é fundamental detalhar as categorias programáticas e realizar a especificação das despesas, de acordo com o que foi definido pela Lei de Diretrizes Orçamentárias do exercício financeiro e em consonância com os objetivos da criação do fundo.²⁷⁸

Essa programação deve ser obrigatoriamente seguida pelo titular do órgão. Além disso, a prestação de contas é fundamental, pois, se a questão é de tal relevância que justificou uma medida como a criação de um fundo, é natural que seu gestor tenha de informar suas ações e os resultados obtidos na concretização dos fins estabelecidos.²⁷⁹ Sem isso, a gerência do órgão não poderá realizar a fiscalização e empreender avaliações periódicas sobre o desempenho do fundo na realização de seus objetivos; tampouco poderá determinar medidas que visem a eventuais correções em determinados aspectos de seu funcionamento.

De maneira geral, é possível afirmar que algumas das vantagens da opção pela utilização dos fundos são: (i) garantir que certa receita ou conjunto de receitas seja destinada a um setor, entidade ou área geográfica, (ii) descentralizar a execução de um programa de trabalho para um determinado gestor, (iii) viabilizar melhores avaliações dos resultados obtidos com a execução da programação, bem como os custos das atividades que lhe são relacionadas, (iv) possibilitar um controle mais sistemático e efetivo sobre as receitas geradas e (v) assegurar que os recursos financeiros destinados ao fundo, mas não utilizados no exercício financeiro possam ser preservados para o exercício seguinte.²⁸⁰

²⁷⁸ SANTOS, Osvaldo Maldonado. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Administração Pública*, vol. 70, p. 627-670. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002. p. 652.

²⁷⁹ SANTOS, O. M. *Idem*, p. 654.

²⁸⁰ SANTOS, O. M. *Idem*, p. 655-656.

Porém, com as mudanças operadas nos processos do setor público, e os ganhos trazidos pela modernização nos recursos de comunicação e informática, parece que muitas das vantagens que justificaram seu uso passaram ser cada vez menores e tornaram mais evidentes suas desvantagens.

Alguns dos principais inconvenientes da utilização dos fundos são: (i) a criação de áreas de rigidez no processo de definição do programa de trabalho do governo, à medida que cria uma vinculação de receita, (ii) a constituição de feudos de poder, uma vez que a nomeação do gestor do fundo é por indicação política, (iii) a elevação dos custos operacionais da administração pública, com a (iv) transferência para a burocracia do Poder Executivo com a tomada de decisões de alocação de recursos que deveriam ser do Poder Legislativo, (v) pode ensejar a duplicidade de intervenção sobre o problema, à medida que seus objetivos e áreas de atuação tendem a ser fixados de maneira ampla e seus programa de trabalho são pouco detalhados; por fim, (vi) viabiliza ações ou práticas que reduzem a eficácia dos processos de controle devido às transferências ou repasses realizados entre fundos e/ou entidades da administração direta e indireta.²⁸¹

Tais razões apenas reforçam argumentos para restrição dos fundos somente às situações excepcionais e bastante específicas, buscando apenas a manutenção dos fundos já existentes e previstos constitucionalmente. Inclusive, a própria Secretaria de Orçamento Federal, além de começar a questionar sua real utilidade como instrumento de operação do setor público, iniciou a articulação de um conjunto de medidas contra sua proliferação.²⁸² Trata-se de posição que encontra respaldo na atual ordem constitucional, que situa a gestão por fundos como exceção, sujeitando a programação desses às normas gerais que regem os orçamentos.²⁸³

Além disso, há a questão da diversidade desses instrumentos. O principal problema é que as normas de direito público – constitucionais, legais e regulamentares – se referem aos fundos, fundos especiais,²⁸⁴ fundos especiais

²⁸¹ SANTOS, O. M. *Idem*, p. 656-657.

²⁸² SANTOS, O. M. *Idem*, p. 669.

²⁸³ Ilustra tal argumento a regulamentação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, com previsão, especialmente nos artigos 79 e 80 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988.

²⁸⁴ Conforme Lei n.º 4.320 de 1964.

de natureza contábil,²⁸⁵ fundos rotativos,²⁸⁶ fundos fiscais,²⁸⁷ fundos orçamentários²⁸⁸ e fundos de garantia,²⁸⁹ como se cada um desses termos ou subcategorias tivesse uma caracterização legal, ou mesmo doutrinária precisa e diferenciada das demais, o que não ocorre na prática.²⁹⁰

Inclusive, há uma grande divergência na doutrina sobre a classificação dos fundos.²⁹¹ De maneira geral é possível afirmar que há uma distinção essencial entre os fundos especiais e os fundos atípicos, uma vez que apenas os fundos especiais possuem características razoavelmente bem definidas na ordem jurídica. Osvaldo Maldonado Sanches²⁹² classifica os fundos atípicos em: (i) fundos de repartição de receitas, (ii) fundos de redefinição de fontes, (iii) fundos de instrumentalização de transferências, (iv) fundos de incentivos fiscais e (v) fundos por designação.

Já os fundos especiais, necessariamente, com criação com base em prévia autorização legal possuem, em regra, receitas especificadas, gastos vinculados a determinados objetivos, vinculação a órgão de administração direta de um dos poderes, aplicação dos recursos por meio de doação consignada em Lei Orçamentária, normas peculiares de aplicação, etc.²⁹³ – e é classificação na qual o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos se encaixa.

3.1.2 FUNCIONAMENTO DO FDD E ORIGEM DOS RECURSOS

²⁸⁵ Conforme Decreto n.º 93.872 de 1986, art. 71, § 1º.

²⁸⁶ Conforme Lei n.º 4.366 de 1964.

²⁸⁷ Conforme Lei n.º 12.995 de 2014.

²⁸⁸ Conforme Lei n.º 4.156 de 1962.

²⁸⁹ Conforme Lei n.º 6.435 de 1977.

²⁹⁰ SANTOS, Osvaldo Maldonado. *Op. Cit.*, p. 629.

²⁹¹ O professor Heilio Kohama, por exemplo divide os fundos, por finalidade, em: (i) fundos especiais de despesa, (ii) fundos especiais de financiamento (rotativos) e (iii) fundos de natureza contábil. KOHAMA, HEILIO. *Contabilidade Pública*. São Paulo, Atlas, 2009. p. 37. Já Leonardo da Silva Guimarães Martins da Costa, divide os fundos, principalmente entre fundos públicos e fundos privados. Os fundos públicos englobam os: (i) fundos de transferência, os (ii) fundos programáticos, os (iii) fundos de financiamentos, os (iv) fundos garantidores e os (v) fundos de formação de poupança pública. Já os fundos privados englobam também os fundos de financiamento e os (ii) fundos garantidores, além dos (iii) fundos para fiscais de poupança compulsória e os (v) fundos de investimento. COSTA, Leonardo da Silva Guimarães Martins da. *Uma Visão Sistêmica dos Fundos Federais*. Textos para Discussão do Tesouro Nacional, 2012. p. 20.

²⁹² SANTOS, Osvaldo Maldonado. *Op. Cit.*, p. 638-643.

²⁹³ SANTOS, O. M. *Idem*, p. 641-643.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347 de 1985) ainda que não seja a legislação inaugural em matéria de direitos coletivos, foi a que primeiro trouxe a previsão sobre a possibilidade de destinação do montante oriundo de condenação pecuniária nas ações coletivas ser revertida para um fundo, ante a impossibilidade da reparação integral.

Na esfera federal, esse fundo foi inicialmente regulamentado pelo Decreto n.º 92.302 de 1986, posteriormente revogado pelo Decreto n.º 407 de 1991, por sua vez, revogado pelo Decreto n.º 1.306 de 1994, que atualmente encontra-se em vigor, com alterações do Decreto n.º 96.617 de 1988. O Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078 de 1990), novamente fez menção ao fundo criado pela Lei da Ação Civil Pública como destinatário do montante que eventualmente sobrasse nas condenações em ações coletivas por ele regidas.

Entretanto, muito ainda restava em aberto sobre o funcionamento do FDD, especialmente quanto às atribuições de seu conselho gestor. Assim, foi editada a Lei n.º 9.008 de 1995, que criou, dentro da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD) e estabeleceu as principais regras quanto à sua finalidade, à formação de seus recursos e sua aplicação.

A Lei n.º 9.008 de 1995, já em seu artigo 1º, par. 2º, traz as verbas que podem integrar os recursos do FDD. Basicamente trata-se das condenações judiciais oriundas de ações que buscam tutelar o meio ambiente, o consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, outros interesses difusos ou coletivos, o mercado mobiliário. Além disso, integram os fundos do FDD multas e indenizações da tutela das pessoas portadoras de deficiência, e multas contra infração à ordem econômica além de outros tipos de receita.

Ainda que o FDD tenha sido criado em 1985, pelo menos até 2005, atingia níveis de arrecadação irrisórios face à demanda de reparação dos direitos difusos lesados. É possível que isso se deva não apenas à falta de regulamentação adequada dos meios de obtenção de recursos, mas, também,

devido ao desconhecimento sobre o funcionamento do FDD.²⁹⁴ Entretanto, verifica-se um aumento paulatino em sua arrecadação nos últimos 11 anos.

Ademais, é importante atentar para a porcentagem que cada uma das categorias integra ao fundo. Nesse sentido, fundamental o levantamento sobre a arrecadação do FDD realizado pelo professor Albano Francisco Schmidt²⁹⁵ e complementado no presente estudo.

Tabela 1 - Arrecadação do FDD

ANO	ARRECADAÇÃO	% DA ARRECADAÇÃO
2005	R\$4.534.793,04	100%
2006	R\$11.682.120,87	100%
2007	R\$30.038.220,75	100%
2008	R\$73.139.111,42	100%
2009	R\$52.196.887,98	100%
2010	R\$31.161.751,83	100%
2011	R\$44.240.709,38	100%
2012	R\$58.128.704,71	100%
2013	R\$121.870.115,27	100%
2014	R\$192.354.624,49	100%
2015	R\$564.272.628,92	100%
TOTAL	R\$1.183.619.668,66	100%

Fonte: SCHMIDT, Albano Francisco. Os primeiros 30 Anos do Fundo De Defesa De Direitos Difusos sob a luz da Análise Econômica Do Direito: “contribuintes”, projetos apoiados e novas perspectivas sociais. *Argumentum Revista de Direito*, n. 15, p. 201-226, 2014. p. 216. Complementação de dados da autora.

Percebe-se que, no que tange à proteção do meio ambiente, a arrecadação do FDD com relação a multas e indenizações provenientes de processos correlatos representaram apenas 0,83% da arrecadação total do fundo nos últimos anos. Isso faz com que muitos se questionem se os valores arrecadados espelham adequadamente a realidade judicial:²⁹⁶ ou a tutela

²⁹⁴ SCHMIDT, Albano Francisco. Os primeiros 30 Anos do Fundo De Defesa De Direitos Difusos sob a luz da Análise Econômica Do Direito: “contribuintes”, projetos apoiados e novas perspectivas sociais. *Argumentum Revista de Direito*, n. 15, p. 201-226, 2014. p. 216.

²⁹⁵ A pesquisa realizada pelo professor Albano Schmidt traz os últimos 10 anos de 2005 até metade de 2014. Com base nos dados já trazidos pelo autor, utiliza-se a mesma metodologia de coleta de dados e organização e complementa-se a pesquisa com os dados relativos ao final do ano de 2014 e de 2015.

²⁹⁶ SCHMIDT, Albano Francisco. *Op. Cit.*, p. 217.

específica é altamente eficiente à medida que proporciona uma reparação do bem jurídico *in natura*, como demanda a sua própria natureza; ou as ações não prosperam devido à complexidade e altos custos que esse tipo de demanda geralmente envolve.

Tabela 2 - Arrecadações, multas e condenações do FDD

MEIO AMBIENTE	MULTAS + CONDENAÇÕES	% DA ARRECADAÇÃO
2005	R\$43.840,00	1,04%
2006	R\$29.288,36	0,26%
2007	R\$840.120,92	2,80%
2008	R\$1.788.225,28	2,46%
2009	R\$1.106.917,53	2,23%
2010	R\$620.694,33	2,01%
2011	R\$3.445.073,02	8,31%
2012	R\$679.571,20	1,19%
2013	R\$1.008.904,22	0,84%
2014	R\$152.226,27	0,08%
2015	R\$192.407,34	0,03%
TOTAL	R\$9.907.268,58	0,83%

Fonte: SCHMIDT, Albano Francisco. Os primeiros 30 Anos do Fundo De Defesa De Direitos Difusos sob a luz da Análise Econômica Do Direito: “contribuintes”, projetos apoiados e novas perspectivas sociais. *Argumentum Revista de Direito*, n. 15, p. 201-226, 2014. p. 216. Complementação de dados da autora.

Já as multas e indenizações ligadas ao direito do consumidor representam, aproximadamente, 1,25% da arrecadação total desde 2005. Sabe-se que as ações de cunho consumerista são milhares no judiciário brasileiro, o que novamente leva à indagação se a execução é de tal forma eficaz que não há necessidade de reversão de valores ao fundo, ou se há uma falha fundamental e ações sequer chegam nessa fase.²⁹⁷

Tabela 3 Multas, condenações e porcentagem de arrecadação

CONSUMIDOR	MULTAS + CONDENAÇÕES	% DA ARRECADAÇÃO
2005	R\$1.144.097,23	27%

²⁹⁷ SCHMIDT, A. F. *Idem*, p. 218.

2006	R\$245.206,03	2,16%
2007	R\$713.451,71	2,38%
2008	R\$3.801.021,17	5,22%
2009	R\$202.142,85	4,01%
2010	R\$305.572,89	1%
2011	R\$315.978,33	2,1%
2012	R\$3.767.691,26	6,71%
2013	R\$1.546.523,04	1,2%
2014	R\$2.101.163,13	0,45%
2015	R\$760.596,32	0,12%
TOTAL	R\$14.903.443,96	1,25%

Fonte: SCHMIDT, Albano Francisco. Os primeiros 30 Anos do Fundo De Defesa De Direitos Difusos sob a luz da Análise Econômica Do Direito: “contribuintes”, projetos apoiados e novas perspectivas sociais. *Argumentum Revista de Direito*, n. 15, p. 201-226, 2014. p. 217. Complementação de dados da autora.

De outro lado, os relatórios de arrecadação consultados, que se encontram disponíveis no sítio eletrônico do Ministério da Justiça, demonstram que 6,95% do total arrecadado, quase cinquenta milhões de reais estão sob a legenda “outros interesses coletivos e difusos”.

Schmidt critica o fato de uma cifra tão vultuosa estar sob uma legenda vaga, o que estaria em contradição com as diretrizes do FDD, de que os direitos ofendidos devem ser claramente revelados, tornando possível o direcionamento de recursos para uma reparação mais próxima do possível. Além disso, essa cifra genérica prejudica a transparência das atividades do fundo e a análise da compatibilidade do que é desenvolvido com os objetivos de sua criação.²⁹⁸

Tabela 4 - Outros interesses, multas, condenações e arrecadação

OUTROS INTERESSES	MULTAS + CONDENAÇÕES	% DA ARRECADAÇÃO
2005	R\$443.548,76	10,5%
2006	R\$366.219,35	3,22%
2007	R\$683.975,15	2,28%
2008	R\$2.595.334,85	3,57%
2009	R\$1.854.965,82	3,73%

²⁹⁸ SCHMIDT, A. F. *Idem*, p. 218.

2010	R\$5.486.265,20	17,80%
2011	R\$6.393.339,74	15,42%
2012	R\$6.420.152,64	11,26%
2013	R\$17.037.216,16	14,16%
2014	R\$11.287.502,51	5,87%
2015	R\$29.737.931,18	5,28%
TOTAL	R\$82.312.451,33	6,95%

Fonte: SCHMIDT, Albano Francisco. Os primeiros 30 Anos do Fundo De Defesa De Direitos Difusos sob a luz da Análise Econômica Do Direito: “contribuintes”, projetos apoiados e novas perspectivas sociais. *Argumentum Revista de Direito*, n. 15, p. 201-226, 2014. p. 217-218. Complementação de dados da autora.

Finalmente, os dados relativos às arrecadações oriundas de ofensa à ordem econômica mostram que sua proteção representa, nos últimos anos, pelo menos 87,53% da arrecadação do FDD, chegando, no ano de 2015, a percentagem de 93,02%.

Tabela 5 - Ordem econômica, multas, condenações, arrecadação

ORDEM ECONÔMICA	MULTAS + CONDENAÇÕES	% DA ARRECADAÇÃO
2005	R\$2.530.573,64	59,92%
2006	R\$10.715.548,85	94,18%
2007	R\$27.693.861,48	92,42%
2008	R\$64.114.659,78	88,12%
2009	R\$46.026.106,42	92,58%
2010	R\$23.863.448,07	77,44%
2011	R\$30.536.112,68	73,65%
2012	R\$45.642.670,28	80,06%
2013	R\$91.857.098,46	76,36%
2014	R\$169.098.785,48	87,91%
2015	R\$524.027.225,58	93,02%
TOTAL	R\$1.036.106.090,72	87,53%

Fonte: SCHMIDT, Albano Francisco. Os primeiros 30 Anos do Fundo De Defesa De Direitos Difusos sob a luz da Análise Econômica Do Direito: “contribuintes”, projetos apoiados e novas perspectivas sociais. *Argumentum Revista de Direito*, n. 15, p. 201-226, 2014. p. 218. Complementação de dados da autora.

É possível afirmar, portanto, que a maioria esmagadora dos recursos do FDD advém, não de condenações judiciais em ações coletivas, conforme a previsão da Lei da Ação Civil Pública, mas sobretudo, de infrações administrativas apuradas por meio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que é o responsável por essa atuação. Trata-se, sobretudo, da alta especialização desse órgão que faz com que dificilmente suas decisões sejam modificadas na esfera judicial.²⁹⁹ Além disso, parece importante levar em consideração como isso impacta, ou deveria impactar, na atuação dos gestores do fundo.

Ressalte-se, ainda, a inclusão do § 2º no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública, pela Lei nº 12.288 de 2010, que prevê a destinação de recursos de acordo ou condenação por dano causado por ato de discriminação étnica para ações de promoção da igualdade étnica, conforme diretrizes do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nos casos de danos de extensão regional ou local.³⁰⁰

No que tange à liberação dos recursos, ela geralmente se dá mediante à celebração de convênios ou contratos de repasse com órgãos públicos, seja a nível federal, estadual ou municipal e entidades civis sem fins lucrativos.³⁰¹ Tais colaborações são reguladas por meio de portarias e resoluções que estabelecem as diretrizes gerais para celebração desses contratos e a sua forma de execução, fiscalização e prestação de contas.

Os interessados devem apresentar ao CFDD projetos, na forma de "carta-consulta", segundo os critérios e requisitos previstos pelo órgão. Nessa deverão constar os dados básicos a respeito do proponente e do projeto que os fundos irão contemplar, pelo menos: (i) a descrição do objeto a ser executado,

²⁹⁹ Especificamente sobre a atuação do CADE na defesa da ordem econômica: FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³⁰⁰ BRASIL. Lei nº 7.347/1985. Art. 13. § 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.

³⁰¹ A celebração dos convênios é regulada, principalmente, por meio da Portaria Interministerial nº 507, de 24 de novembro de 2011 do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

(ii) a justificativa contendo a caracterização dos interesses recíprocos, a relação entre a proposta apresentada e os objetivos e diretrizes do programa e a indicação do público-alvo, do problema a ser resolvido e dos resultados esperados; (iii) estimativa dos recursos financeiros, discriminando o repasse a ser realizado pelo concedente e a contrapartida prevista para o proponente; (iv) previsão de prazo para execução; (v) e informações relativas à capacidade técnica gerencial do proponente para execução do objeto.

Tais requisitos estão dispostos no art. 19 da Portaria Interministerial nº 507, de 24 de novembro de 2011 do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (CFDD) e visam a melhor instruir a escolha dos projetos que serão contemplados com recursos do FDD.

Os projetos selecionados são submetidos a um julgamento pela CFDD, que irá analisar tanto a adequação aos requisitos legais, como aspectos de mérito, em sessão pública, da qual o proponente poderá participar.³⁰² Ressalte-se que, o teto máximo de recursos do FDD a serem aplicados em um mesmo projeto, as prioridades em cada área de proteção dos direitos difusos e coletivos e individuais homogêneos, também são definidas pelo Conselho Gestor, por meio de resolução.

Ao analisar seu funcionamento, verifica-se que o FDD, embora relacionado com a atividade jurisdicional parece possuir uma natureza eminentemente administrativa. Sua gerência e, sobretudo, a utilização dos seus recursos estão dissociados de qualquer ação coletiva.³⁰³

3.1.3 O CONSELHO FEDERAL GESTOR DO FUNDO DE DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS (CFDD)

Além da previsão da necessidade de um fundo, a Lei da Ação Civil Pública ainda prevê que deverá haver conselhos administrativos para sua gestão, compostos por representantes do governo, do Ministério Público e da sociedade civil organizada. No âmbito federal, o FDD é gerido pelo Conselho

³⁰² BADIN, Arthur. O fundo de defesa de direitos difusos. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 17, n. 67, p. 62-99, 2008. p. 90.

³⁰³ ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Execução de Interesses Individuais Homogêneos: Análise crítica e propostas*. São Paulo, 2012. 247 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. f. 209.

Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), regulamentado pela Lei n.º 9.008 de 1995, que o vinculou à estrutura administrativa do Ministério da Justiça.

O CFDD é composto por dez conselheiros, sendo cinco representantes do governo federal, três da sociedade civil organizada e dois de órgãos do Estado, de acordo com o artigo 2º da referida lei.³⁰⁴ Os representantes governamentais são indicados pelo Ministério da Justiça (que terá a presidência), pelo Ministério do Meio Ambiente, pelo Ministério da Cultura, pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério da Fazenda. Os três representantes da sociedade civil são selecionados pelo Ministro da Justiça, após escrutínio pela sociedade. Os demais são indicados pelo Ministério Público Federal e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.³⁰⁵

As principais competências do CFDD estão no art. 3 da Lei n.º 9.008 de 1995 e consistem, basicamente, em tomar as providências necessárias para adequada aplicação dos recursos do fundo, guiando-se pela legalidade.

Na aplicação dos recursos do FDD, o CFDD é assistido por uma secretaria-executiva, composta por servidores públicos federais, responsável por instruir os processos administrativos a serem submetidos à deliberação do colegiado e de fiscalizar a execução dos projetos apoiados financeiramente com recursos do FDD. Os servidores da secretaria-executiva analisam os projetos e emitem pareceres sobre a adequação aos requisitos legais, bem como sobre a regularidade da aplicação dos recursos.³⁰⁶

3.2 PRINCIPAIS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS AO FUNDO

³⁰⁴ BRASIL. Lei n.º 9.008/1995. Art. 2º O CFDD, com sede em Brasília, será integrado pelos seguintes membros: 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 Federal; VIII - três representantes de entidades civis que atendam aos pressupostos dos incisos I e II do art. 5º da Lei nº 7.347, de 1985.

³⁰⁵ BADIN, Arthur. *Op. Cit.*, p. 74.

³⁰⁶ BADIN, Arthur. *Op. Cit.*, p. 75.

A utilização dos fundos dentro da sistemática da execução de processos coletivos é extremamente criticada pela doutrina, não apenas ante a sua clara inefetividade como meio de reparar os danos e, principalmente, devido à maneira como se desenhou administrativamente, retirando muito de sua potencialidade.

Por se tratar de um fundo administrativo, muito de sua aplicação está dissociada do Judiciário e ao mesmo tempo que para muitos isso é uma vantagem, por aliviar as Cortes dessa função e ser uma instância supostamente mais democrática para tomada de decisões, por outro lado, não tem se mostrado suficientemente transparente e diligente na aplicação dos recursos.

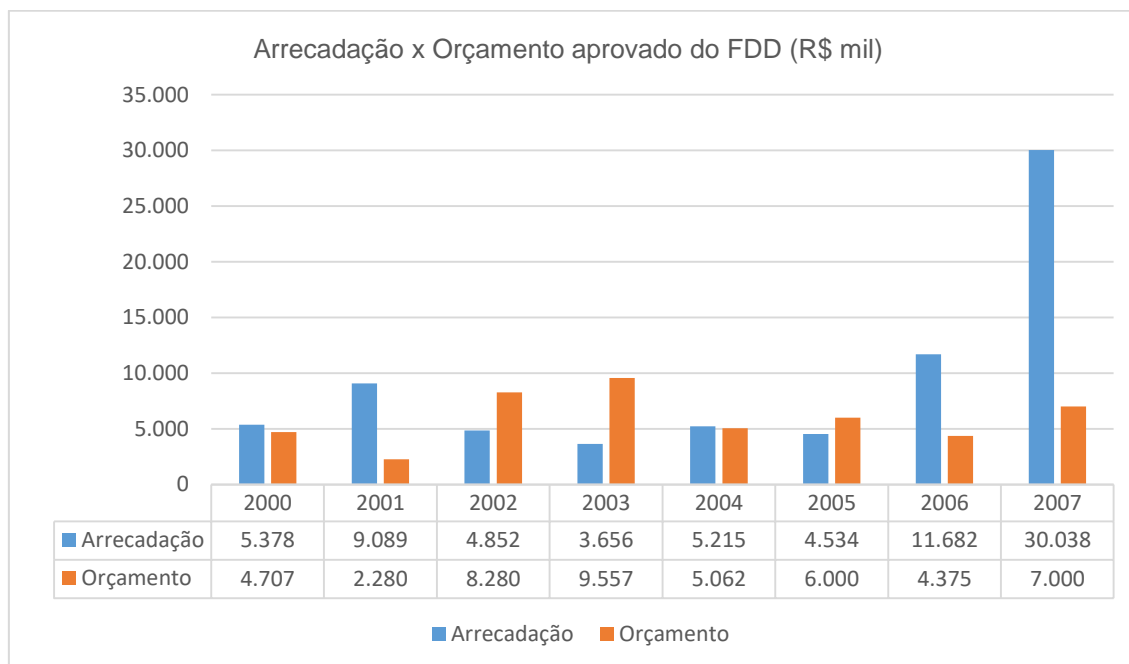
3.2.1 SUBMISSÃO À LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL (LOA)

A Lei Orçamentária Anual (LOA) é um dos mais importantes instrumentos do Orçamento Público, que além de meio de restrição de valores das despesas estatais, também é meio de controle das ações pretendidas pelos governantes. Como instrumento de controle, sob um ponto de vista mais abrangente, o Orçamento possibilita a integração de diversas políticas públicas, dentro de um processo coordenado de planejamento.³⁰⁷

O FDD está sujeito à lei orçamentária, uma vez que integra a administração direta do Estado, com seu conselho gestor vinculado ao Ministério da Justiça. Assim, sustenta-se que essa subordinação à lei orçamentária poderia esvaziar suas finalidades, pois basta a decisão política de não conceder créditos orçamentários ao fundo, para que a aplicação de seus recursos fique impedida. Essa preocupação demonstra-se plausível, principalmente porque isso de fato ocorre. Em análise realizada por Arthur Badin, de 2000 a 2007, verifica-se que os créditos orçamentários foram significativamente inferiores aos valores arrecadados:

³⁰⁷ GUEDES, Álvaro Martim. Controle financeiro e orçamentário público e a descentralização administrativa no Brasil. *Revista do TCU*, n. 85, p. 13-26, 2000. p. 13.

Gráfico 1 - Arrecadação x Orçamento aprovado no FDD



Fonte: BADIN, Arthur. O fundo de defesa de direitos difusos. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 17, n. 67, p. 62-99, 2008. p. 85. Formatação do gráfico da autora.

A opção lógica seria a possibilidade de aproveitamento integral do que foi arrecadado em um ano, para o próximo exercício financeiro, vez que se trata de um montante com destinação específica. Entretanto, não é isso que se verifica ante a comparação do que foi angariado e do valor disponível para aplicação pelo CFDD. Isso se torna ainda mais problemático quando se verifica que o Estado é também um dos maiores litigantes do Poder Judiciário.³⁰⁸ Entretanto, essa foi a escolha feita pelo legislador, além de ser uma característica própria dos fundos, de maneira geral e, por mais criticável que seja, parece difícil de ser contornada de *lege lata*.

³⁰⁸ Sobre isso ver especialmente: BRASILL. Conselho Nacional de Justiça. *100 Maiores Litigantes*. Brasília, 2011. E FONSECA, Juliana Pondé. *O (Des)controle do Estado no Judiciário brasileiro: direito e política em processo*. Curitiba, 2015. 274 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná.

3.2.2 COMO É USADO O DINHEIRO? DISCREPÂNCIA ENTRE A ORIGEM E APLICAÇÃO DOS RECURSOS

Uma das maiores preocupações da doutrina é com a devida aplicação do montante disponível no fundo em relação aos autores da ação que os originou. O professor Elton Venturi, por exemplo, entende que mesmo integrando o fundo, os valores objeto da reversão devem se voltar em proveito dos sujeitos lesionados, especificamente visando a satisfazer seus interesses comuns.³⁰⁹ Trata-se, portanto, da consideração do nexo entre a origem e a aplicação dos recursos, especialmente porque a legislação deixou uma ampla margem de discricionariedade nas mãos do conselho gestor dos fundos.

Entretanto, o único parâmetro estabelecido é o disposto no artigo 7º do Decreto n.º 1.306 de 94 que a aplicação dos recursos deve estar, na medida do possível, relacionada com a natureza da infração ou do dano causado. Assim, os recursos originados de condenações pecuniárias em matéria de defesa do consumidor devem ser aplicados nessa área, em detrimento da área ambiental, por exemplo.

A doutrina defende, ainda, a importância da aplicação dos recursos no mesmo local em que se deu a lesão ao bem. Ainda que não haja norma específica que assim determine parece uma alternativa lógica à melhor tutela daqueles que foram mais diretamente lesados.³¹⁰

O uso dos recursos do fundo na tentativa de reparação do bem lesado não oferece novidade ou surpresa tendo em vista sua própria finalidade. Por outro lado, o seu uso na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou dano causado, também parece ser justificável, tendo em vista uma ideia prospectiva de proteção e considerando-se que muitos danos não comportarão outro tipo de reparação.³¹¹

³⁰⁹ VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 158.

³¹⁰ LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo. Algumas considerações acerca do Fundo para reconstituição dos bens lesados. *Revista dos Tribunais*, v. 726, p. 71-82, 1996. p. 81.

³¹¹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Propostas para a reformulação da Lei que criou o Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados. In: MILARÉ, Édis (Coord.) *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 814.

Inclusive, essa parece ser a destinação expressamente assinalada pelo § 2º do artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública, para ações de promoção da igualdade étnica e diversidade em casos acordos ou condenações por danos causados por atos de discriminação étnica.

Questão mais polêmica se refere ao uso dos recursos do fundo na modernização administrativa e na aquisição e aprimoramento dos equipamentos dos órgãos responsáveis pela execução das atividades meio e fim na defesa dos interesses difusos e coletivos. Tal ampliação é perigosa e indesejável, na medida em que com ela abre-se a possibilidade de diluição e utilização dos recursos do fundo em atividades estranhas à sua origem.³¹²

Ainda que alguns autores, como Arthur Badin, defendam tal iniciativa afirmando que a lei foi atenta à escassez de recursos da máquina administrativa³¹³ outros afirmam, com razão, que essa possibilidade não se justificaria, uma vez que iria contra a intenção original do legislador ao prever a existência do fundo.³¹⁴

Além disso, há uma grande lacuna para se verificar como são aplicados os recursos do fundo. O processo de seleção de propostas para sua utilização é relativamente bem definido e objetivo, porém, há uma grande margem de discricionariedade do administrador nessa escolha, principalmente ante ao estabelecimento de áreas de aplicação prioritárias, que são definidas por resolução.

Assim, há uma crítica muito grande ao fato de que a utilização dos recursos dos fundos se restringe simplesmente à apresentação de projetos por parte dos interessados com a aprovação ou não dos membros do CFDD.³¹⁵

Ao analisar os Editais de Chamamento Público do CFDD, especialmente o último publicado, o n.º 01/2015 verifica-se que há uma divisão temática entre cinco principais áreas, cada uma com sua Chamada própria: (i) meio ambiente, (ii) consumidor e (iii) concorrência e (iv) patrimônio histórico e (v) outros direitos difusos.

³¹² MACEDO JÚNIOR, R. P. *Idem*, p. 814.

³¹³ BADIN, Arthur. *Op. Cit.*, p. 81.

³¹⁴ MILARÉ, Édis. SETZER, Joana. CASTANHO, Renata. O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/1985. *Revista de Direito Ambiental*, n. 38, p. 9-22, 2005. p. 9.

³¹⁵ DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. *Op. Cit.*, p. 131.

A Chamada I, do meio ambiente prioriza, em linhas gerais, projetos que envolvam temáticas de ações cidadãs sustentáveis, o fomento e disseminação de práticas agroflorestais tradicionais em comunidades rurais, a conservação do meio ambiente por meio do uso sustentável de recursos naturais, a democratização do acesso a materiais interativos de educação ambiental a professores e estudantes de escolas públicas e o direito à alimentação saudável por meio do estímulo à produção sustentável.

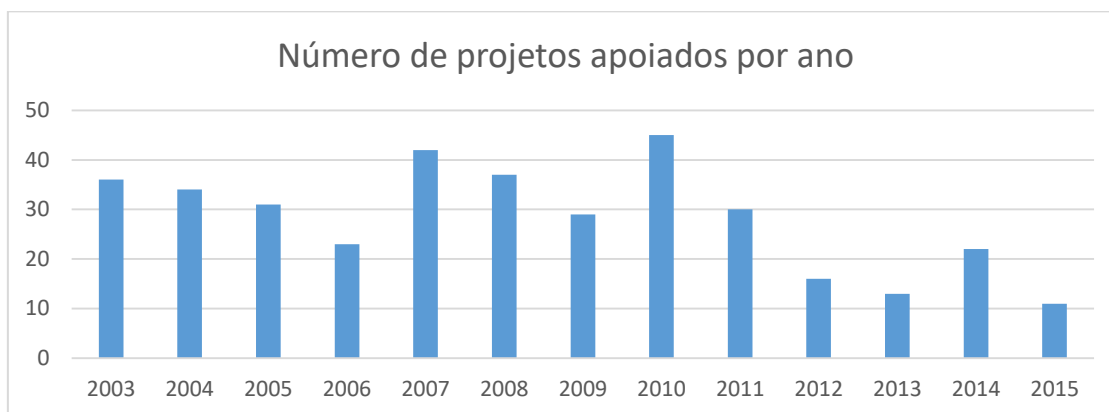
Os projetos selecionados para as Chamadas II (consumidor) e III (concorrência) focam em projetos que envolvam o consumo consciente e a promoção da cultura de respeito concorrencial voltado às comunidades carentes.

Os projetos selecionados para as Chamadas IV (patrimônio histórico) e V (outros direitos difusos e coletivos) envolvem as temáticas de valorização da diversidade linguística, em especial projetos voltados à linguagem brasileira de sinais (LIBRAS), modernização de conselhos tutelares da criança e do adolescente para o combate ao trabalho infantil e à promoção da igualdade racial, preservação de acervos históricos, em especial, projetos voltados à preservação do patrimônio histórico-cultural dos pontos de vista humano/ambiental/arquitetônico.

Um grande número de projetos é apresentado todos os anos e aumenta a cada ano, devido, principalmente, à maior divulgação do FDD. Apenas para ilustrar, em 2014, foram enviados para Secretaria-Executiva do CFDD 526 propostas de trabalho/cartas-consulta para seleção dos projetos. Eram 257 da área meio ambiente, 213 da área outros (patrimônio histórico e outros direitos difusos) e 56 da área consumidor. Desses, 29 foram selecionados como prioritários, mas apenas 11 projetos foram efetivamente conveniados em 2015.³¹⁶

³¹⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. *Relatório de Gestão do Exercício de 2015*. Brasília, 2016. p. 28.

Gráfico 2 - Número de projetos apoiados por ano



Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. Relatório de Gestão do Exercício de 2015. Brasília, 2016. p. 29. Formatação da autora

Ainda que a arrecadação de receitas do FDD tenha aumentado nos últimos anos, verifica-se que o número de projetos apoiados diminuiu e está bem aquém do desejado, considerando-se a relação entre recursos aplicados e arrecadação do Fundo.

Ademais, ressalte-se que apesar de os projetos apoiados, sem dúvida, serem merecedores desse financiamento, resta dúvida sobre sua ligação com aqueles que constituíram o polo ativo da ação que originou os recursos. Não existem, atualmente relatórios públicos que detalhem sua atuação e os resultados obtidos. Isso, de certa forma, não deixa de ser uma afronta à *accountability* sobre a destinação de recursos que tem origem, justamente, em uma lesão praticada contra a coletividade, considerada em um sentido amplo.

3.2.3 POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO PARA O CUSTEIO DE PERÍCIAS

Ante a frustração com a incompatibilidade entre a origem do dinheiro que é destinado ao fundo e sua aplicação, a doutrina já defende há algum tempo a possibilidade de aplicação desse montante no custeio de perícias complexas e custosas, quando o proponente da ação for instituição pública, como o Ministério Público ou a Defensoria Pública.

Parte da doutrina sustenta que essa utilização não seria possível ante a disposição da própria Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347 de 1985) que em

seu artigo 13 afirma que o destino dos fundos deve ser a reconstituição dos bens lesados. Trata-se, portanto, de uma previsão expressa sobre sua natureza especificamente reparatória que, a princípio, impede a utilização dos recursos para atividades estranhas.

Por outro lado, as dificuldades no custeio de perícias, especialmente aquelas necessárias à instrução de inquéritos civis ou outros procedimentos de investigação preliminar, constituem atualmente um dos grandes obstáculos à implementação da defesa dos interesses difusos e coletivos.

A perícia, como se vê, é fruto de um trabalho especializado que tem por objetivo esclarecer uma situação que o mero senso comum não é capaz de solucionar.³¹⁷ As perícias possuem papel fundamental na avaliação dos efeitos danosos, especialmente quando se trata do meio ambiente e a dificuldade na avaliação do impacto ambiental muitas vezes torna a execução longa ou discrepante da integralidade do dano.³¹⁸

Afirma-se que o objetivo da lei ao determinar que o autor não deve adiantar as despesas foi o melhor possível, porém distante da realidade concreta da vida forense. Como se sabe poucos são os peritos oficiais do Poder Judiciário. As perícias, em geral, são realizadas por profissionais autônomos indicados pelo juiz da causa e aceito pelas partes. São técnicos que atuam profissionalmente e precisam ser remunerados adequadamente por sua dedicação e tempo dispendidos. Obter os honorários ao fim de um processo judicial, não raramente, significa aguardar por anos para receber sua renumeração correspondente.³¹⁹

Nesse sentido, parte da doutrina por meio de uma visão pragmática, defende a possibilidade da utilização dos recursos dos fundos para custear esses procedimentos. O raciocínio para defesa dessa posição advém da compreensão das perícias como mecanismo de prevenção de danos aos interesses difusos e coletivos. Assim, haveria um caráter prospectivo para sua utilização.

³¹⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. Prova Pericial. In: MILARÉ, Édis (Coord.) *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 461.

³¹⁸ LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo. Algumas considerações acerca do Fundo para reconstituição dos bens lesados. *Revista dos Tribunais*, v. 726, p. 71-82, 1996. p. 75.

³¹⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Op. Cit.*, p. 467-468.

É importante destacar que, de fato, trata-se de uma possibilidade inviável de *lege lata*, uma vez que nenhuma legislação levanta a possibilidade da utilização dos recursos dos fundos em perícias, vistorias ou despesas processuais para a condução de ações coletivas.³²⁰ Aceitando-se essa possibilidade, é fundamental que a destinação dos recursos para essa finalidade seja pensada levando em consideração as peculiaridades da perícia e a sua relevância no caso. Além disso, é importante levar em conta que, muitas vezes, a utilização dos recursos do fundo para o custeio de perícias é arguida pela Fazenda Pública, na tentativa de se isentar do pagamento.³²¹

Ademais, parece que essa é uma proposta meramente paliativa. Busca-se resolver o problema do custeio de perícias sem, entretanto, fazer uma análise mais profunda sobre as razões pelas quais estas instituições, que muitas vezes não são as mais preparadas tecnicamente, é que precisam encabeçar tais ações. Ou mesmo pode-se afirmar que talvez fosse importante rever a maneira como se distribui o ônus da prova em ações coletivas especificamente, uma vez que o atual sistema é uma mera importação do processo individual.

3.2.4 E OS FUNDOS ESTADUAIS?

De acordo com a Lei da Ação Civil Pública, deve haver um fundo federal, que é o FDD, e um fundo para cada estado gerir recursos oriundos de lesões aos direitos coletivos. A existência desses fundos, em apartado, decorre do próprio sistema federativo brasileiro. Assim, se a ação corre perante uma vara federal, será depositado no fundo federal, nas demais ações deverá ser depositado em fundo estadual, sujeito à gestão local.³²² Também, é importante levar em conta a difusão e área de abrangência do dano objeto do litígio.

³²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 608.

³²¹ Verifica-se principalmente no julgamento do Agravo em Recurso Especial Nº 600.484 – SC (2014/0269947-4) julgado pelo STJ no início de 2015. Em linhas gerais, trata-se da responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais em Ação Civil Pública proposta pelo MPF e um dos argumentos levantados pela União é, justamente, que os recursos deveriam ser buscados no FDD.

³²² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. Cit.* p. 604-605.

Um grande problema quando se fala nos fundos estaduais é, por um lado a falta de sua implementação pelos entes federados e, por outro, a dificuldade de se verificar seu funcionamento e instalação.

Porque, diferentemente da opção feita na configuração do FDD que reúne em um só fundo as receitas provenientes da tutela do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, outros interesses difusos ou coletivos, o mercado mobiliário, das pessoas portadoras de deficiência, e defesa da ordem econômica, os fundos estaduais, geralmente, se referem apenas a uma matéria. Assim, o que há é a criação de um fundo para cada área de atuação específica: há a criação de um para a proteção do meio ambiente e outro para a proteção dos consumidores, por exemplo.

Trata-se de uma opção para a organização das aplicações de receitas que parece atenta às peculiaridades socioculturais de cada região. Entretanto, sua sistematização é bastante complicada.

Apenas para se ter um parâmetro, em levantamento realizado pelo Ministério Público Estadual de Goiânia sobre a situação dos fundos estaduais do Meio Ambiente, Direitos Difusos e Florestas em 2013, verifica-se que os estados de Alagoas, Amazonas, Espírito Santo, Minas Gerais ainda não possuíam fundo específico para essa área. Os demais estados, em sua maioria adotaram os Fundos Estaduais do Meio Ambiente (FEMA), por meio de lei.³²³

No estado do Paraná, especificamente, houve a criação do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FEID) e do Conselho Gestor do Fundo (CEG/FEID) por meio da Lei Estadual n.º 11.978, de 5 de janeiro de 1998, posteriormente alterada pela Lei Estadual n.º 12.945, de 5 de setembro de 2000, que criou o Fundo Estadual do Meio Ambiente (FEMA). O Fundo é regulamentado pelo Decreto n.º 4.620, de 27 de julho de 2000 e está ligado à Secretaria de Estado da Segurança, da Justiça e da Cidadania (SESJ) do Estado do Paraná.

³²³ BRASIL. Ministério Público Estadual de Goiânia. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/system/resources/W1siZiIsIjIwMTMvMDQvMTYvMTJfMDNfMjRfOTIifZnVuZG9zX2VzdGFkdWFpc19kZV9tZWlvX2FtYmllbnRlX2VfZGlyZWl0b3NfZGlmZXNvcy5wZGYiXV0/fundos_estaduais_de_meio_ambiente_e_direitos_difusos.pdf>

Analisando as legislações que organizam esses institutos, verifica-se que possuem um funcionamento muito similar ao do próprio FDD, ligado diretamente a um órgão da administração direta (geralmente Secretaria do Meio Ambiente ou Secretaria da Justiça), com um conselho gestor que tem como integrantes membros do governo, Ministério Público e sociedade civil. Além disso, parecem adotar os mesmos procedimentos na escolha dos projetos e na prestação de contas.

3.3 AFINAL, É *FLUID RECOVERY* OU É OUTRA COISA?

Conforme assinalado anteriormente, haveria no Brasil um sistema de reparação fluida ante a previsão de destinação dos recursos residuais de ações coletivas a um fundo incumbido de realizar a reparação dos bens jurídicos lesados de forma indireta, da melhor maneira possível.

Tal técnica seria inspirada pela *fluid recovery* dos Estados Unidos, que surgiu, justamente, na tentativa de oferecer uma destinação adequada ao montante que sobrava nas condenações das *class actions*.

Trata-se, sobretudo, do reconhecimento da influência que a *class action* norte-americana teve no sistema brasileiro de processos coletivos, uma vez que o sistema pátrio é seu derivado – ainda que por via indireta, por meio da doutrina italiana; e justifica que a *class action* seja a fonte mais importante na interpretação e na aplicação do nosso direito processual coletivo.³²⁴

Entretanto, em uma análise mais detida é possível verificar diversos pontos em que a reparação fluída do sistema brasileiro se diferencia do instituto no sistema norte-americano e, principalmente, como a técnica dos fundos utilizada no ordenamento pátrio se distancia da *fluid recovery*. Trata-se não apenas de uma diferença ontológica, mas também dos próprios contornos que sua aplicação nos dois sistemas acabou ganhando.

Sobretudo, a *fluid recovery* nos Estados Unidos é eminentemente jurisdicional. Ou seja, a instituição que determina como se dará a aplicação do montante residual é o Judiciário, ao contrário do sistema brasileiro em que a

³²⁴ GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva: As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 17.

aplicação dos recursos se dá por meio de conselho gestor de um fundo vinculado a uma instância administrativa.

Nesse sentido, alguns autores afirmam que, ao realizar um estudo comparado da reparação fluida no Brasil com o sistema jurídico norte-americano, a partir do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, o mais correto não seria equipará-lo à *fluid recovery*, e sim ao fundo criado pela legislação ambiental do *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (CERCLA).

O professor Carlos Alberto de Salles é um dos defensores desse ponto de vista e afirma que a semelhança advém, sobretudo, do fato do CERCLA *Superfund* também ser um fundo administrativo, ligado a uma agência governamental, a *Environmental Protection Agency* (EPA) que o administra e elege a destinação do montante arrecadado de condenações judiciais, e de outras fontes, em casos de lesão ao bem jurídico.³²⁵

³²⁵ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 309-315.

CAPÍTULO 4 – CERCLA SUPERFUND

Sinteticamente é possível afirmar que o *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA),³²⁶ também conhecido como *Superfund* possibilita que o governo federal dos Estados Unidos responda, com ampla autoridade, a emergências envolvendo a liberação não controlada de substâncias tóxicas ou perigosas; além de poder desenvolver soluções de longo prazo para os locais contaminados de maneira mais grave, de modo a restaurar os recursos naturais prejudicados.³²⁷

O CERCLA não foi a primeira lei que endereçou o problema dos resíduos tóxicos, entretanto, é considerada uma das legislações federais mais importantes em matéria ambiental, especialmente à medida que trouxe previsões inéditas a respeito da responsabilidade dos envolvidos e a possibilidade de limpeza e recuperação dos locais afetados.

4.1 ORIGEM E FUNCIONAMENTO DO SUPERFUND

É possível afirmar que um dos maiores sucessos políticos do movimento ambientalista nos Estados Unidos foi o estabelecimento de parâmetros e extensa preservação de parques nacionais e sistemas da vida silvestre; trata-se da efetiva proteção de áreas que serviam tanto aos interesses humanos quanto aos ecológicos. Entretanto, nos últimos 20 anos pode-se afirmar que os termos do debate ambiental se alteraram um pouco: a maioria das legislações ambientais produzidas a partir de 1970 são motivadas não tanto por ameaças distantes, mas quase exclusivamente por preocupações com os riscos à saúde humana.³²⁸

Os norte-americanos, em especial, passaram a temer a questão dos resíduos tóxicos mais do que qualquer outro problema ambiental; o que é

³²⁶ Uma tradução livre possível seria “Lei de Resposta, Compensação e Responsabilidade Ambiental”.

³²⁷ WAGNER, Travis P. *The Complete Guide to the Hazardous Waste Regulation: RCRA, TSCA, HMTA, OSHA and Superfund*. New York: John Wiley & Sons Inc., 1998. p. 295.

³²⁸ HIRD, John A. *Superfund: The Political Economy of Environmental Risk*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994. p. 3.

compreensível, considerando-se que são os responsáveis por gerar anualmente mais de uma tonelada cúbica de resíduos tóxicos por pessoa.³²⁹

4.1.1 O PROBLEMA DOS RESÍDUOS TÓXICOS E O PÂNICO SOCIAL

Inicialmente verifica-se que, em geral, os litígios envolvendo resíduos tóxicos sustentavam-se nos remédios regulares da *common law*: negligência, responsabilidade por atividades perigosas, abuso de direito, etc. Entretanto, começou a se perceber que, muitas vezes, os danos sofridos envolviam lesões que só poderiam ser verificadas e propriamente quantificadas monetariamente no futuro, com o decorrer do tempo ou mesmo por meio de minuciosos exames médicos.³³⁰

Em alguns desses casos, foram aplicados remédios pontuais especificamente desenhados, mas em outros entendeu-se que era necessário algo com maior abrangência, que foi o caso do CERCLA.

O primeiro estatuto que cuidou dos resíduos tóxicos foi o *Resource Conservation and Recovery Act* (RCRA), em 1976, que buscou regular os resíduos tóxicos desde sua origem até sua destinação ou mesmo destruição,³³¹ trazendo a definição legal do que se considera por *hazardous waste*, que pode ser traduzido como resíduos perigosos ou resíduos tóxicos.

O termo "*hazardous waste*" é um resíduo sólido, ou a combinação dos resíduos sólidos, que, por causa da sua quantidade, concentração, composição físico-química, ou devido a suas características infecciosas pode (i) causar, ou contribuir de forma significativa para um aumento na mortalidade ou um aumento de doenças graves irreversíveis, ou doenças incapacitantes reversíveis; ou (ii) representam um perigo presente e substancial ou um perigo potencial para a saúde humana ou para o meio ambiente quando indevidamente tratados, armazenados, transportados, eliminados, ou mesmo não gerenciados.³³²

³²⁹ HIRD, J. A. *Idem*, p. 5.

³³⁰ KANNER, Allan. Future Trends in Toxic Tort Litigation. *Rutgers Law Journal*, vol. 20, p. 667-691, 1988. p. 668-669.

³³¹ A expressão em inglês utilizada é "*from the cradle to the grave*"

³³² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US CODE. Title 42, Chapter 82, Subchapter I, § 6903: (5) The term "hazardous waste" means a solid waste, or combination of solid wastes, which because of its quantity, concentration, or physical, chemical, or infectious characteristics may (A) cause, or significantly contribute to an increase in mortality or an increase in serious irreversible, or incapacitating reversible, illness; or (B) pose a substantial present or potential hazard to human

Entretanto, o RCRA não trouxe previsão quanto à situação dos locais em que despejos já haviam sido feitos. Assim, ainda que o governo federal tenha começado a impor alguma regulamentação nos despejos de resíduos tóxicos, o problema dos Estados Unidos com os locais antigos e abandonados continuava, essencialmente, não endereçado pela legislação federal.³³³

Os perigos dos despejos não regulamentados de resíduos tóxicos foram trazidos à atenção nacional em 1978 com o incidente da comunidade de *Love Canal*. Cenas na televisão em rede nacional mostrando famílias apavoradas à medida que resíduos tóxicos começaram a surgir nos porões e pátios de escolas na comunidade, aliadas a informações de valores de imóveis e propriedades despencando resultaram em ondas de pânico na população, que estava em desespero ante a possibilidade de suas casas estarem sobre verdadeiras bombas-relógio.³³⁴

Ademais, a *Environmental Protection Agency* (EPA), órgão administrativo do governo norte-americano que basicamente regula a geração, gestão e liberação de resíduos tóxicos estimou que até 1980, a produção diária de tais substâncias seria suficiente para cobrir o *New Orleans Superdome*³³⁵ do chão até o teto, sendo que 90% disso seria descartado incorretamente.³³⁶

Ainda que houvesse o RCRA, que era uma legislação robusta que endereçava a geração e descarte de resíduos tóxicos, pouco poderia ser feito sobre os milhares de locais de despejo abandonados. O medo que um desses locais pudesse desaguar no quintal de alguém foi ainda mais incisivo com o incidente de *Love Canal* que resultou em níveis ainda maiores de preocupação na população. Os residentes de diversas comunidades em todo o país demandaram uma solução à nível nacional e o Congresso respondeu com legislação.³³⁷

Assim, em 1980, foi aprovado o *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA) com o objetivo primordial

health or the environment when improperly treated, stored, transported, or disposed of, or otherwise managed.

³³³ KONAR-STEENBERG, Mehmet K. A Superfund Solution for an Economic Love Canal. *Pace Law Review*, vol. 30, p. 310-336, 2009. p. 313.

³³⁴ HIRD, John A. *Op. Cit.*, p. 9.

³³⁵ O New Orleans Dome também conhecido como Mercedes-Benz Superdome é a casa do time de futebol americano New Orleans Saints. Tem 82,3 metros de altura e 210 metros de diâmetro.

³³⁶ HIRD, John A. *Op. Cit.*, p. 9.

³³⁷ HIRD, J. A. *Idem*, p. 9.

de identificar locais contaminados e assegurar sua limpeza, seja pelo próprio governo federal ou pelas partes privadas que estivessem ligadas à contaminação, além da busca pela prevenção de futuros danos.³³⁸

Afirma-se que, em seu âmago, a crise dos resíduos tóxicos é um bioproduto de atividades comerciais extremamente rentáveis, cujos riscos foram inefetivamente regulamentados pelo Governo e suas agências administrativas, não absorvidos pelos *torts* e, como resultado, externalizados para a sociedade como um todo.³³⁹

Assim, o regime legal do *Superfund* parece ter vindo para atender a um chamado por uma maior *accountability* desses entes, com seu regime de responsabilidade que engloba as condutas passadas que apresentassem risco ao meio ambiente e à saúde da população. Assim, uma ampla gama de negócios que poderia ter contribuído para a contaminação tornou-se retroativamente e solidariamente responsável pelos custos de limpeza – independentemente de sua conduta ter sido legal à época do ocorrido.³⁴⁰

Tanto devido às circunstâncias em que foi aprovado, como devido às diversas previsões sobre a responsabilidade e a limpeza dos locais, fala-se que o CERCLA parece ser mais uma reação a uma grande comoção popular do que uma avaliação racional visando à redução dos riscos ambientais.³⁴¹

4.1.2 DIRECIONAMENTO INÉDITO À LIMPEZA DOS LOCAIS AFETADOS

Quando se tratava de resíduos tóxicos, a principal barreira para responsabilização dos poluidores eram as próprias leis existentes, inadequadas para lidar com a situação. Porque não endereçavam adequadamente a necessidade de se atribuir responsabilidade por despejos passados; inclusive, em vários casos, o despejo havia sido perfeitamente legal à época. Além disso, ainda que as leis fossem violadas, as medidas judiciais cabíveis não apenas

³³⁸ JUDY, Martha L. PROBST, Katherine N. Superfund at 30. *Vermont Journal of Environmental Law*, vol. 11, p. 191-247, 2009. p. 193.

³³⁹ KONAR-STEENBERG. Mehmet K. *Op. Cit.*, p. 312.

³⁴⁰ KONAR-STEENBERG. M. K. *Idem*, p. 311.

³⁴¹ ADLER, Jonathan H. Reforming our Wasteful Hazardous Waste Policy. *N.Y.U. Environmental Law Journal*, vol. 17, p. 724-756, 2008. p. 727.

teriam que confrontar as barreiras normais que atingem os processos judiciais, como também deveriam ser efetivadas em escala nacional para que pudessem responder de maneira completa a esse problema.³⁴²

Assim, havia um interesse geral no Congresso que um programa de limpeza de resíduos tóxicos fosse criado, e nesse contexto, aliado ao pânico nacional à época, foi aprovado o CERCLA adicionando as leis existentes dois componentes: um fundo de, a princípio, 1,6 bilhões de dólares financiados por meio de taxas em cima de produtos específicos e a previsão rigorosa de responsabilidade das partes para arcar com os custos de limpeza dos locais. Sempre que possível a parte responsável deveria arcar com a limpeza e pagar pelo potencial dano causado por suas atividades; já o fundo, administrado pela EPA, seria usado primordialmente se nenhuma parte pudesse ser responsabilizada ou se o sujeito não tivesse capital para pagar.³⁴³

De modo a melhor atingir os objetivos do CERCLA, o Congresso aprovou uma legislação complementar, o *Superfund Amendments and Reauthorization Act* (SARA) em 1986. Por meio do SARA, o Congresso pretendeu endereçar algumas das limitações iniciais do CERCLA, reforçar alguns de seus componentes, focar mais nas questões de saúde humana e providenciar maneiras de alocar orçamento suficiente para financiar o *Superfund*, uma vez que seus verdadeiros custos começaram a se tornar aparentes.³⁴⁴

Porque o CERCLA busca endereçar a limpeza dos sítios, eliminar condições perigosas resultantes de despejos de resíduos tóxicos pelo território nacional e que podem ser um grande risco para a saúde humana e o meio ambiente por meio de um complexo esquema multifacetado.³⁴⁵

Para efetivar a limpeza dos locais, o estatuto do CERCLA traz dois tipos de ação possíveis: a resposta (*response*) e a remoção (*removal*). A distinção entre esses dois tipos de ação é importante, sobretudo, devido à imediatidade e capacidade de financiamento pelo *Superfund* de cada um desses tipos de ação.

³⁴² KONAR-STEENBERG. Mehmet K. *Op. Cit.*, p. 321.

³⁴³ HIRD, John A. *Op. Cit.*, p. 10.

³⁴⁴ SILECCHIA, Lucia A. Judicial Review of CERCLA Cleanup Procedures: Striking a Balance to Prevent Irreparable Harm. *Harvard Environmental Law Review*, vol. 20, p. 339-395, 1996. p. 342.

³⁴⁵ MINTZ, Joel A. Hazardous Waste and Superfund: Few Changes and Little Progress. In: DERNBACH, John C. *Agenda for a Sustainable America*. Washington: ELI Press, 2009, p. 324.

O fundo pode financiar uma remoção em sua integridade, sem divisão de custos sempre ocorrer uma emergência que requeira uma ação imediata. Ainda que o estatuto demande um procedimento administrativo padrão para efetuar o financiamento das remoções, a EPA pode apresentar os documentos em até 60 dias depois de iniciadas as atividades no local. Por ser uma ação de emergência, uma remoção pode durar até 120 dias, não dispensando, entretanto, um plano e um repositório local de informações.³⁴⁶

Assim, as ações de remoção proporcionam uma solução emergencial e uma limpeza inicial de locais contaminados em âmbito nacional. São ações que têm curta duração e visam, sobretudo, a limitar um dano imediato.

As ações de resposta, por outro lado, só podem ser iniciadas no local contaminado após um detalhado processo de seleção administrativa. Conforme o SARA, a seleção de uma ação de resposta é um processo de duas fases: em primeiro momento, o plano proposto é submetido à apreciação pública com a seleção final feita e justificada. Em segundo momento, há a escolha da técnica a ser empregada no local.³⁴⁷

Tais salvaguardas foram desenvolvidas, em grande medida, devido ao aumento da pressão política como forma de tentar acelerar os processos de limpeza do *Superfund*. Assim, a EPA formalizou cada vez mais os estágios de progresso entre a descoberta inicial de um local e a conclusão de sua limpeza.

De maneira geral, é possível afirmar que o primeiro estágio do processo do *Superfund* envolve a escolha de locais que receberão seus recursos. Os locais identificados como potenciais recebedores são incluídos em um inventário e estudados para determinar se possuem um nível de risco suficiente para que sejam incluídas na *National Priority List* (NPL), lista dos locais que irão ser atendidos pelo programa, uma vez que somente os locais da NPL podem receber ações de resposta extensivas.³⁴⁸

Uma vez que um local seja nomeado para a NPL, as decisões sobre as possíveis ações a serem executadas começam: a EPA pode decidir endereçar toda contaminação do local em apenas um processo de limpeza, ou pode

³⁴⁶ LIGHT, Alfred. CERCLA's Cost Recovery Statute of Limitations: Closing the Books or Waiting for Godot?. *Southeastern Environmental Law Journal*, vol. 16, p. 245-289, 2008, p. 259.

³⁴⁷ LIGHT, A. *Idem*, p. 259

³⁴⁸ SIGMAN, Hilary. The Pace of Progress at Superfund Sites: Policy Goals and Interest Group Influence. NBER Working Paper n. 7704, p. 1-36, 2000. p. 13.

desdobrá-lo em diferentes unidades operacionais. As unidades operacionais podem ser diferentes áreas de um mesmo local, ou diferentes endereços a diversos tipos de contaminação; por exemplo, a contaminação de água subterrânea ou contaminação de água pluvial. A maioria dos locais, aproximadamente 75%, tem apenas uma unidade operacional, mas é possível que haja até no máximo 29 unidades operacionais.³⁴⁹

Depois que a ação for escolhida e devidamente aprovada, com uma *Record of Decision* o trabalho começa: o primeiro momento é o design e o planejamento do projeto, depois disso, o processo de limpeza, isso é, a ação de resposta efetivamente começa. Depois do término da limpeza, o local pode continuar na NPL para outras ações ou limpezas adicionais, caso a primeira ação não tenha sido tão efetiva. Alternativamente, a EPA pode decidir que os locais podem ser classificados como de “construção completa” e serem retirados da NPL. Assim, a duração das limpezas é contabilizada desde a assinatura da primeira *Record of Decision* até a construção completa.³⁵⁰ Porém, é importante deixar claro que, muitas vezes, mesmo fora da NPL, os locais ainda podem necessitar de uma manutenção contínua.

Assim, depreende-se que o *Superfund* oferece a EPA a liberdade de limpar o local por si mesma, tanto de maneira emergencial, quanto de locais que estavam abandonados e não era possível encontrar um responsável imediato.

Quando é possível localizar o autor, isso obriga as partes responsáveis a assumirem e pagarem pela limpeza dos locais. Ressalte-se que a maioria das limpezas são resultado de uma negociação em que as partes reembolsam a EPA por seus custos (*cost recovery*), ou pagam e conduzem a limpeza dos locais por conta própria (*work agreement*), ou mesmo ambas as opções.³⁵¹

4.2 ALTO CUSTO, SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO E REGIME DE RESPONSABILIDADE

O *Superfund* é um programa caro. De acordo com o Serviço de Pesquisa do Congresso norte-americano, o custo médio da limpeza de um local é

³⁴⁹ SIGMAN, H. *Idem*, p. 15.

³⁵⁰ SIGMAN, H. *Idem*, p. 16.

³⁵¹ JUDY, Martha L. PROBST, Katherine N. *Op. Cit.*, p. 194.

aproximadamente 20 milhões de dólares. Isso faz com que os potenciais responsáveis a arcar com os custos, litiguem extensivamente buscando qualquer meio de diminuir ou dividir os custos com outras partes.³⁵²

Com isso em mente, o Congresso providenciou dois tipos de mecanismos para financiar a limpeza de locais contaminados: dedicar um *trust fund* ao CERCLA e desenvolver um sistema de responsabilidade que encoraje os sujeitos responsáveis pelos despejos tóxicos a realizarem acordos com as autoridades do Governo.

Oficialmente chamado de “*Hazardous Substance Response Trust Fund*” e o responsável pelo apelido de *Superfund* ao estatuto do CERCLA, o *trust fund* proporciona recursos para as ações de remoção, estudos e limpezas nos locais afetados. Trata-se de uma maneira de proporcionar a EPA recursos para pagar diretamente pelas limpezas a serem realizadas nos locais. Assim, o Governo pode rapidamente fazer limpezas emergenciais e contingenciais em casos de acidentes, derramamentos e despejos indevidos, além de endereçar locais abandonados em que não foi possível encontrar as partes responsáveis. É possível também acelerar atividades quando as partes responsáveis foram identificadas, mas elas falham em conduzir as limpezas por conta.³⁵³

O *trust fund* é financiado acessoriamente por meio de 3 tipos de taxas cobradas sobre produtos derivados do petróleo, produtos químicos e sobre o lucro geral de indústrias³⁵⁴ que financiam o *Superfund* e permitem que a EPA tenha mais autonomia em sua atuação.

A intenção do Congresso ao criar esse sistema foi a de se assegurar que os setores econômicos responsáveis por criar os maiores riscos ambientais também assumissem os custos da limpeza dos despejos de substâncias tóxicas, de modo que se internalize uma fração dos custos das limpezas entre determinadas indústrias, por meio destas taxas.³⁵⁵

³⁵² ADLER, Jonathan H. *Op. Cit.*, p. 735.

³⁵³ JUDY, Martha L. PROBST, Katherine N. *Op. Cit.*, p. 213.

³⁵⁴ REVESZ, Richard L. STEWART, Richard B. The Superfund Debate. In: REVESZ, Richard L. STEWART, Richard B. (Ed.). *Analyzing Superfund: Economics, Science and Law*. Washinton: Resources for the Future, 1995. p. 7. No original: “Curently, three separate taxes are levied on chemicals, petroleum products, and general corporate profits to finance the trust fund.”

³⁵⁵ HEALY, Michael P. Direct Liability for Hazardous Substance Cleanups Under CERCLA: A Comprehensive Approach. *Case Western Reserve Law Review*, vol. 42, p. 65-146, 1992. p. 102.

Entretanto, é o regime de responsabilidade do CERCLA o principal responsável por preservar e restaurar os recursos do *trust fund* por meio da aplicação de multas e ações de recuperação de custos contra os infratores. O sistema de responsabilidade surge como um forte incentivo para que acordos com a EPA sejam negociados e também proporciona estímulos para prevenção da poluição e limpeza voluntária de locais que não estão listados na NPL.³⁵⁶

Assim, se o *trust fund* deu ao estatuto o apelido de *Superfund*, o sistema de responsabilidade conferiu-lhe a reputação de o “poluidor paga”.³⁵⁷ O amplo sistema de responsabilidade do Superfund se estende aos donos, operadores do um local, aqueles que arranjam o despejo (“*generators*”) e alguns transportadores que escolheram os locais para despejo. Entretanto, essa responsabilidade, como originalmente foi desenhada e continua até hoje, em algumas circunstâncias, se estende além dos poluidores, para incluir aqueles que se beneficiaram dos locais limpos, como os donos e operadores atuais, mesmo que não tenham nenhum envolvimento na contaminação original do local. Assim, as partes submetidas a responsabilidade do *Superfund*, mais do que poluidores, vieram a ser conhecidas como partes potencialmente responsáveis, no inglês *potentially responsible parties* (PRPs).³⁵⁸

Inclusive, vários autores concordam com tal opção, criticando a premissa de que o poluidor paga, afirmando que na verdade deveriam pagar aqueles que se beneficiam da poluição e que, no fim, os custos sempre acabariam sendo repassados ao consumidor.³⁵⁹

Esse sistema de responsabilidade não apenas permite que o governo consiga acordos com as PRPs para que elas efetuem a limpeza dos locais, mas também gera fonte de renda indireta ao programa, uma vez que o trabalho que é feito pelas PRPs não é pago pelo fundo e, assim, preserva seus recursos.³⁶⁰ Ao impor a responsabilidade sobre as partes que foram causadoras e lucraram com despejos passados indevidos que necessitam de medidas atuais de

³⁵⁶ JUDY, Martha L. PROBST, Katherine N. *Op. Cit.*, p. 195.

³⁵⁷ No original: “polluter pays”. Sua base está ligada ao princípio do poluidor-pagador do Direito Ambiental Brasileiro.

³⁵⁸ JUDY, Martha L. PROBST, Katherine N. *Op. Cit.*, p. 214.

³⁵⁹ FULLERTON, Don. TSANG, Seng-Su. *Environmental Costs Paid by the Polluter or the Beneficiary? The Case of CERCLA and Superfund*. Nber Working Paper Series, p. 1-26, 1993.

³⁶⁰ JUDY, Martha L. PROBST, Katherine N. *Op. Cit.*, p. 227.

limpeza, o CERCLA busca se assegurar que esses é que, no fim, arquem com os custos da limpeza.³⁶¹

Além de servir como um meio de gerar recursos para as operações, há vários outros aspectos que a responsabilidade imposta pelo *Superfund* ganhou atenção nos últimos anos. Um deles são os altos custos de transação, que muitas vezes, fazem que se gaste mais em advogados e consultores do que com a limpeza, em si.³⁶²

Tendo isso em mente, uma das medidas mais importantes tomadas pelo Governo para refinar o CERCLA foi por meio de uma inclusão no SARA que limitou o prazo para a revisão judicial das limpezas ordenadas. Trata-se de reconhecer que os objetivos do estatuto eram bastante ambiciosos, além de serem extremamente custosos e poderiam ser dificultados pela litigância dilatória. Assim, foram adicionadas provisões que limitaram seriamente a jurisdição das cortes federais para revisar ações de remoção ou remediação antes que elas sejam completadas. Essas limitações refletem a filosofia do “*clean up first, litigate later*”, a limpeza primeiro e litigância depois, que estariam na base da legislação que rege os resíduos tóxicos.³⁶³

As Cortes têm aplicado essa filosofia de maneira constante. Mesmo porque afirma-se que os desafios mais comuns envolvendo as limpezas atualmente estão mais focados, explicitamente ou não, nos impactos econômicos gerados à parte responsável. Quando se trata de consequências financeiras, afirma-se que elas sempre serão reversíveis.³⁶⁴

Além disso, outra grande crítica ao sistema de responsabilidade preconizado pelo *Superfund* é quanto à equidade de suas previsões, especialmente no que tange à amplitude da responsabilidade que é ampla, solidária e retroativa.

A responsabilidade solidária permite que se recupere a totalidade do montante de qualquer sujeito, nos casos em que haja múltiplos réus, independentemente de sua responsabilidade por apenas parcela dos danos. Além disso, as defesas contra o sistema de responsabilidade imposto pelo

³⁶¹ HEALY, Michael P. *Op. Cit.*, p. 82.

³⁶² JUDY, Martha L. PROBST, Katherine N. *Op. Cit.*, p. 236.

³⁶³ SILECCHIA, Lucia A. *Op. Cit.*, p. 342-343.

³⁶⁴ SILECCHIA, L. A. *Idem*, p. 370.

CERCLA são bastante limitadas: as PRPs somente podem escapar caso consigam demonstrar que o despejo foi realizado por um ato de força maior, ato de guerra, omissão de terceiro³⁶⁵ ou uma combinação dessas causas.³⁶⁶

Assim, um indivíduo poderia ser considerado responsável apenas por estar em uma posição importante dentro de uma empresa, sem que se considere seu efetivo envolvimento nas atividades de despejo. Afirma-se, inclusive, que ao impor uma responsabilização pesada nos indivíduos baseada apenas em sua potencial habilidade de controlar as atividades, colocaria uma rede de responsabilidade muito mais ampla do que a necessária para reforçar a intenção do Estatuto.³⁶⁷ Além disso, trata-se de uma responsabilidade retroativa, de modo que, nesses termos, sujeitos poderiam ser responsabilizados por custos de limpeza de algo que, a época entendeu-se que foi feito de maneira totalmente legal e devida.³⁶⁸

Adicione-se a essas críticas um elemento a mais: quando o responsável pelas atividades de despejo não é um particular e sim uma pessoa pública, mais especificamente municípios. Porque, aproximadamente um cinquenta avo dos locais que constam na lista de prioridades nacionais para o *Superfund* da EPA são aterros municipais. Por muitas décadas, esses locais que são de propriedade e são operados pelos municípios praticavam o *codisposal*, técnica em que são dispostos juntamente e se misturam os resíduos domésticos com resíduos industriais. A ideia era que quando os resíduos industriais começassem a vazar, os produtos químicos nele presentes seriam absorvidos e contidos pelos resíduos domésticos – e isso era uma técnica legal até 1970.³⁶⁹

Os resíduos domésticos eram apenas um dos tipos de despejos que os municípios poderiam depositar em seus aterros. Outros poderiam incluir lixo de prédios comerciais e de outros beneficiários dos serviços de coleta municipais, desde que fossem não industriais. Além disso muitos municípios também depositaram nos aterros lodo de esgoto.³⁷⁰

³⁶⁵ No original, em inglês: “Act of God, act of war and omission of a third party.”

³⁶⁶ REVESZ, Richard L. STEWART, Richard B. *The Superfund Debate*, p. 6.

³⁶⁷ HEALY, Michael P. *Op. Cit.*, p. 114.

³⁶⁸ JUDY, Martha L. PROBST, Katherine N. *Op. Cit.*, p. 238.

³⁶⁹ KOPEL, David B. *Privileged Polluters: The Case Against Exempting Municipalities From Superfund*. Disponível em: <<http://www.davekopel.com/env/privileged-polluters.pdf>>, p.4.

³⁷⁰ KOPEL, D. B. *Idem*, p. 5.

De maneira geral, a EPA tem relutado em responsabilizar e forçar que os municípios arquem com qualquer custo das limpezas dos aterros municipais. Trata-se sobretudo da constatação de que muitos não teriam os fundos suficientes para arcar com a limpeza sem comprometer excessivamente seu orçamento. Assim, se um município é proprietário e opera o aterro, mas outros municípios o utilizam para depositar resíduos, a EPA só irá acionar o município proprietário – diferentemente do que ocorreria se fosse um agente privado. A única situação na qual a EPA irá tomar medidas contra os municípios depositantes é se houver evidências de que no local há substâncias tóxicas derivadas de atividade comercial ou industrial.³⁷¹

Face a isso, recentemente, indústrias aumentam agressivamente suas demandas contra os municípios sob o CERCLA. Os municípios, a seu turno, face ao alto impacto que o envolvimento em uma operação de limpeza pode representar em seu orçamento inicia um *lobby* para se tornarem exceção ao CERCLA.³⁷²

Os municípios argumentam que a intenção original do Congresso ao aprovar o CERCLA não era o de responsabilizá-los, vez que, supostamente, não lucraram com a poluição no local.³⁷³

Claro que é legítimo questionar se o *Superfund*, operando da maneira como está, é adequado. De fato, muitas vezes ele pode ser considerado excessivo, ao incluir pequenos negócios que muitas vezes são soterrados com por um enorme passivo a ser pago. Mas a solução para sua inadequação deve ser alterar o estatuto e não conferir prerrogativas especiais a determinados grupos.³⁷⁴

Trata-se de uma discussão árida, mas a tendência é afirmar que o CERCLA não liga se o poluidor lucrou ou não, o que se pergunta é se as substâncias tóxicas despejadas se apresentam como uma ameaça à saúde pública e ao meio ambiente e como devem ser remediadas.³⁷⁵

Outro ponto importante sobre a responsabilidade extraordinária do CERCLA é que ela é problemática à medida que esfria os esforços de

³⁷¹ KOPEL, D. B. *Idem*, p. 6.

³⁷² KOPEL, D. B. *Idem*, p. 8.

³⁷³ KOPEL, D. B. *Idem*, p. 14.

³⁷⁴ KOPEL, D. B. *Idem*, p. 12.

³⁷⁵ KOPEL, D. B. *Idem*, p. 15.

desenvolvimento dos *brownfields* devido a preocupações de que eventuais empreendimentos nesses locais possam expor o proprietário a potencial responsabilidade ilimitada de realizar sua limpeza completa.³⁷⁶

O termo *brownfield* é utilizado para designar qualquer propriedade cuja expansão, desenvolvimento ou uso possa ser complicado pela potencial presença de substâncias tóxicas, poluição ou contaminação. Tal denominação os distingue dos *greenfields* que são áreas suburbanas ou rurais preferidas pelas construtoras devido aos baixos custos de desenvolvimento e ausência de limitações ambientais.³⁷⁷

Assim, isso frustra muitas comunidades que buscam encorajar o desenvolvimento dessas regiões, vez que muitos *brownfields* representam sua única possibilidade de visibilidade urbana. Inclusive, o desenvolvimento dos *brownfields* seria benéfico também sob o ponto de vista ecológico, pois ao substituir a introdução de novas localizações industriais em *greenfields*, evita-se reduzir o espaço aberto para a espalhar a malha urbana, vez que nesses casos se demanda a construção de toda uma nova infraestrutura.³⁷⁸

O amplo sistema de responsabilidade do *Superfund* traz efeitos significativos no que tange às imobiliárias, bancos, companhias de seguro e também na profissão jurídica.³⁷⁹ É um sistema que permite ao governo recuperar quase totalmente os custos da limpeza: mesmo que algumas PRP sejam “à prova de julgamento”, é possível que outras fiquem responsáveis pelo montante total.³⁸⁰

Nesse sentido, há um grande incentivo aos acordos, não apenas para a redução de custos de transação, mas também porque assim se busca evitar chamadas as litigâncias contra os “*deep pockets*”, ou seja, os réus que possuem mais recursos e possivelmente conseguem arcar com os custos da limpeza. Os

³⁷⁶ SLUTZKY, David. FREY, A.J. *Brownfields Uncertainty: A Proposal To Reform Superfund. Cityscape: A Journal of Policy Development and Research*, vol. 12, n. 3, p. 85-100, 2010. p. 88.

³⁷⁷ SLUTZKY, D. FREY, A.J. *Idem*, p. 86.

³⁷⁸ CHANG, Howard F. SIGMAN, Hilary. An Empirical Analysis of Cost Recovery in Superfund Cases: Implications for Brownfields and Joint and Several Liability. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 2010. p. 2.

³⁷⁹ REVESZ, Richard L. STEWART, Richard B. *Op. Cit.*, p. 3.

³⁸⁰ CHANG, Howard F. SIGMAN, Hilary. *Op. Cit.*, p. 2

acordos permitem que cada PRP ajuste sua parte na responsabilidade, que deve ser determinada por um alocador imparcial e aprovada pelo Governo.³⁸¹

Face a essas e diversas outras críticas, a tendência atual é que as cortes sejam mais brandas na aplicação do regime geral de responsabilidade do CERCLA e que esse esteja migrando para um *approach* mais de processo civil coletivo comum, semelhante ao dos *torts*.³⁸²

Assim, em resumo, parece que é possível afirmar que provisões de responsabilidade do CERCLA buscam obrigar os sujeitos potencialmente responsáveis a arcarem com os custos de remediar os efeitos danosos de inadequada atividade de despejo, devido à escolha do Congresso de adotar estritos padrões de cuidado. As taxas cobradas sobre produtos químicos e petroquímicos buscam auxiliar no financiamento do *Superfund*, mas não necessariamente parecem criar um incentivo para que se observe estritamente os padrões de cuidado, por serem imputados de maneira uniforme a todas as empresas, sem atenção específica com suas práticas de despejo.³⁸³

Ademais, há que se ponderar que os custos de remediar os problemas ambientais causados pelos resíduos tóxicos são enormes, mas é possível afirmar que o *Superfund* não é o programa ambiental mais custoso nos Estados Unidos. É fato que seus custos anuais são de 2 a 5 bilhões,³⁸⁴ mas compará-lo com outros programas da EPA em termos de gastos de orçamento, como geralmente é feito, é enganoso, uma vez que esses são predominantemente regulatórios, buscam forçar a indústria privada e indivíduos a fazerem o controle da poluição, com um impacto muito menor no orçamento federal. O *Superfund*, por outro lado, tem uma qualidade muito similar à de um serviço público prestado pelo Governo Federal.³⁸⁵

³⁸¹ MARKELL, David. L. "Reinventing Government": A Conceptual Framework for Evaluating the Proposed Superfund Reform Act of 1994's Approach to Intergovernmental Relations. *Environmental Law*, vol. 24, p. 1055-1095, 1994. p. 1070.

³⁸² LIGHT, Alfred. *Regressing Toward Federal Common Law: The Cataclytic Effect of CERCLA's Private Cause of Action*. Draft. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1888505>, p. 4.

³⁸³ HEALY, Michael P. *Op. Cit.*, p. 78.

³⁸⁴ REVESZ, Richard L. STEWART, Richard B. *Op. Cit.*, p. 3.

³⁸⁵ HIRD, John A. *Op. Cit.*, p. 8.

4.3 DUAS DAS PRINCIPAIS CRÍTICAS

O *Superfund* é um estatuto bastante polêmico: alguns apreciam sua tentativa de endereçar o problema dos resíduos tóxicos, outros o criticam extensivamente e acreditam que ele deveria ser reformado em sua integralidade, ou mesmo, simplesmente removido do Código Federal, de modo que os estados devessem ficar encarregados de sua tarefa.³⁸⁶

Fato é que quase todos concordam que o CERCLA *Superfund* foi um fracasso, mas poucos concordam quais aspectos do programa são mais problemáticos.³⁸⁷ Em geral o que ocorre é que os indivíduos e comunidades afetados pelos resíduos tóxicos se sentem excluídos do processo de limpeza e submetidos a infinitos atrasos no tratamento dos locais.

Ambientalistas criticam que a EPA leva muito tempo para remediar uma área e que os padrões são muito inconsistentes de local para local, ademais entendem que o fundo é muito pequeno para as necessidades da limpeza. Por outro lado, as empresas de petróleo e produtos químicos acreditam que são injustamente responsabilizadas ao serem obrigadas a financiar o programa através de taxas cobradas sobre seus produtos, além de serem as maiores PRP que arcam diretamente com as limpezas. Outras PRPs reclamam do sistema de responsabilidade que acreditam que seja injusto.

Municípios acreditam que eles são deslealmente arrastados para os processos e que seu envolvimento não era a intenção do Congresso ao aprovar o CERCLA. As companhias de seguros se sentem presas em teias de litígios com altos valores. Os legisladores querem que a EPA acelere a limpeza dos locais, mas por outro lado se sentem pressionados por grupos poderosos como empresas de petróleo, bancos, seguradoras e empreiteiras que têm interesse em atrasar as limpezas.

Sabe-se que endereçar os riscos dos locais de *Superfund* é um empreendimento longo, custoso e complicado. Muitos, senão a maioria dos locais necessitarão de algum tipo de monitoramento e manutenção por

³⁸⁶ Um dos pesquisadores que defende a integral reforma do *Superfund* é David Kopel, em: KOPEL, David. B. *Privileged Polluters: The Case Against Exempting Municipalities From Superfund*. Disponível em: <<http://www.davekopel.com/env/privileged-polluters.pdf>>

³⁸⁷ HIRD, John A. *Op. Cit.*, p. 181.

décadas.³⁸⁸ As críticas ao programa são inúmeras, mas parecem derivar todas, em grande medida, dos inúmeros objetivos que cada grupo de interesse espera do *Superfund*.³⁸⁹

Especialmente nesse ponto busca-se aprofundar as duas principais críticas, além de seu sistema de responsabilidade abordado anteriormente, que o *Superfund* sofre; notadamente, a escolha dos locais de atuação e a demora na recuperação da área.

4.3.1 CRÍTICA NA ESCOLHA DOS LOCAIS DE ATUAÇÃO

Sabe-se que o *Superfund* é utilizado principalmente para a limpeza dos locais que constam na *National Priority List* (NPL), que nada mais é do que uma lista de locais de atuação prioritária do programa a nível nacional, devido ao risco que representa para a comunidade ante a gravidade de sua contaminação.

O nível de contaminação e, conseqüentemente, a prioridade do local para o programa, é medido principalmente por meio do *Hazardous Ranking System* (HRS) que designa para cada um dos locais contaminados uma nota de 0 a 100 baseada em seu risco, sendo 100 o mais perigoso. Os 400 locais com o maior HRS foram colocados em na NPL inicial, em 1983, sendo elegíveis prioritariamente para as ações de resposta financiadas pelo *Superfund*.³⁹⁰

Geralmente, esses locais são trazidos à atenção da EPA pelos governos locais, representantes comunitários, ou mesmo cidadãos que morem ou trabalhem perto das áreas. Porém, mesmo que haja um sistema formal para avaliação se um local é elegível o não para integrar a NPL, que é o HRS, a decisão final é do administrador da EPA.³⁹¹

O ideal é que a EPA leve em consideração três principais fatores na escolha de um local para sua atuação: a toxicidade/periculosidade do local, a

³⁸⁸ JUDY, Martha L. PROBST, Katherine N. *Op. Cit.*, p. 199.

³⁸⁹ HIRD, John A. *Superfund: Op. Cit.*, p. 182.

³⁹⁰ GREENSTONE, Michael. GALLAGHER, Justin. *Does Hazardous Waste Matter? Evidence From the Housing Market and the Superfund Program*. Working Paper 05-27, 2008. p. 3.

³⁹¹ JUDY, Martha L. PROBST, Katherine N. *Op. Cit.*, p. 206.

população exposta e o tempo até o término da limpeza, que é a soma dos diversos estágios, desde a aprovação do plano de ação.³⁹²

Entretanto, estudos empíricos apontam que, na verdade, a EPA responde a grupos de interesse ao priorizar seus recursos. Assim, tanto as partes potencialmente responsáveis (PRPs), como as comunidades afetadas pela limpeza dos locais têm peso nas escolhas feitas pela agência.

Quando as PRPs são identificadas e responsabilizadas, o mais provável é que elas arquem com os custos da limpeza e maior é o incentivo para que exerçam influência sobre a EPA. Porque, ante a responsabilidade solidária do CERCLA, qualquer PRP pode ser considerada responsável por todos os custos da limpeza, independentemente de sua parte nos danos causados. Na maioria das vezes, são as PRPs com mais recursos, os *deep pockets* que arcam com os custos.³⁹³

Assim, uma estratégia adotada é o atraso no progresso nestes locais, que tem uma limpeza mais lenta. Ao contrário, nos locais cuja limpeza é financiada pelo *Superfund* há o interesse em um processo mais rápido, além de haver menos litigância a respeito da possível responsabilidade; tanto que as decisões nesses casos são, aproximadamente, 29% mais rápidas que locais com PRPs.³⁹⁴

De maneira similar, as comunidades podem influenciar a EPA, tanto para que locais sejam incluídos na lista como para que o processo de limpeza seja mais rápido. Notadamente, verifica-se que poder aquisitivo e influência política são fundamentais para que as comunidades sejam beneficiadas pelo *Superfund*: locais com mais eleitores recebem uma limpeza mais rápida e comunidades com mais dinheiro e força política conseguem entrar na lista da EPA mais rapidamente. Ao contrário, comunidades compostas por minorias ou com menor renda, não conseguem exercer muita influência, em grande medida devido à sua exclusão do processo político.³⁹⁵

Assim, é possível afirmar que o impacto dos despejos tóxicos é sentido desproporcionalmente por pessoas que vivem em comunidades mais pobres

³⁹² SIGMAN, Hilary. *Op. Cit.*, p. 4.

³⁹³ SIGMAN, H. *Idem*, p. 9.

³⁹⁴ SIGMAN, H. *Idem*, p. 2.

³⁹⁵ SIGMAN, H. *Idem*, p. 12.

e/ou compostas por minorias. Inclusive, muitos autores afirmam que isso acaba reforçando uma longa tradição de injustiça ambiental³⁹⁶ que documenta uma tendência dos poluidores de estabelecerem seus locais de despejo em comunidades de baixa renda.³⁹⁷

Desse modo, afirma-se que, no fundo, as escolhas mais cruciais a respeito de poluição ambiental e despejo de resíduos químicos são julgamentos baseados em avaliações de risco, com a ponderação entre moralidade e decisões políticas e sociais.³⁹⁸

4.3.2 CRÍTICA NA DEMORA E QUALIDADE DA RECUPERAÇÃO

Muitos dos defensores do CERCLA *Superfund* concordam que a limpeza dos locais contaminados com substâncias tóxicas e perigosas é seu objetivo fundamental. Entretanto, apenas o que se entende por “limpeza” é objeto de debate e discordância desde o início do programa. Porque o Estatuto não estabeleceu padrões nacionais e específicos para serem aplicados a todos os locais.³⁹⁹

Esses padrões abertos são extremamente criticados: além da complexidade do programa, o processo de avaliação dos riscos é considerado lento e repetitivo. Há uma seleção inconsistente das medidas a serem aplicadas no local, o que muitas vezes resulta em diferentes soluções em lugares similares; além da atenção demasiada ou ênfase muito pequena nos custos para a seleção das medidas a serem adotadas.⁴⁰⁰

Fato é que a decisão mais importante das ações nos locais da NPL é delimitar qual a extensão da limpeza e a qual a tecnologia a ser utilizada. O CERCLA especificamente direciona a EPA para escolha a escolha dessas medidas visando a proteção da saúde humana e o meio ambiente. Trata-se de provisões que deixam bastante discricionariedade a essa agência que, por sua

³⁹⁶ Especialmente sobre isso, há interessante estudo de Daniel Farber: FARBER, Daniel. Disaster Law and Inequality. *Law and Inequality*, vol. 25, n. 2, p. 297-321, 2007.

³⁹⁷ KONAR-STEENBERG, Mehmet K. *Op. Cit.*, p. 318.

³⁹⁸ BROWN, Donald. A. Superfund Cleanups, Ethics, and Environmental Risk Assessment. *Environmental Affairs*, vol. 16, p. 181-198, 1988. p. 198.

³⁹⁹ JUDY, Martha L. PROBST, Katherine N. *Op. Cit.*, p. 200.

⁴⁰⁰ JUDY, M. L. PROBST, K. N. *Idem*, p. 203-204.

vez tende a escolher medidas que são mais custosas, mas também, permanentes, vez que tratam a contaminação em si, em vez de simplesmente evitar sua expansão.⁴⁰¹

Em resumo, é possível afirmar que, em tese, o objetivo das limpezas do *Superfund* é claro: remover toda a contaminação de um local ou reduzir o risco a um nível aceitável que, geralmente, pode ser realizado limitando-se a exposição à contaminação que sobrou no local.⁴⁰² Entretanto, isso nem sempre é possível.

Nos primeiros anos do programa, a EPA desenvolveu a noção de “deletar” um local da NPL como uma forma de se medir progresso. De acordo com essa política, um sítio seria formalmente deletado da lista quando a EPA tivesse determinado, em consulta com o estado, que mais nenhuma medida seria necessária para a proteção da saúde humana e do meio ambiente. Quase 30 anos depois, apenas 21% dos locais da NPL atingiram resultados; até o fim de 2009, foram retirados 338 de um total de 1607 sítios totais listados.⁴⁰³

Infelizmente, ainda há vários locais que necessitam de limpeza sendo que alguns são tecnicamente complexos e extremamente custosos de se endereçar. Ficou claro que para alguns locais simplesmente não havia tecnologias efetivas para remover a contaminação e para outros, notadamente zonas de mineração e lençóis freáticos contaminados, seria tão caro que a limpeza completa não seria atingida mesmo em décadas.⁴⁰⁴

Restam inúmeras perguntas sobre a qualidade das limpezas, o tempo de duração razoável que, tanto o Governo, quanto as partes privadas devem observar e se esses locais, que demandam medidas em longo prazo, estão sendo monitorados propriamente.

Fato é que muito se escreve sobre o *Superfund* em termos de custos e dinheiro gasto nas atividades de limpeza pelo Governo e pelas PRPs, mas os benefícios das limpezas também são significativos.⁴⁰⁵ Inclusive, um aspecto em

⁴⁰¹ REVESZ, Richard L. STEWART, Richard B. *Op. Cit.*, p. 12.

⁴⁰² JUDY, Martha L. PROBST, Katherine N. *Op. Cit.*, p. 204.

⁴⁰³ JUDY, M. L. PROBST, K. N. *Idem*, p. 208.

⁴⁰⁴ JUDY, M. L. PROBST, K. N. *Idem*, p. 205.

⁴⁰⁵ SLUTZKY, David. FREY, A.J. *Op. Cit.*, p. 98.

que o CERCLA é considerado um sucesso são as limpezas de emergência e as provisões de remoção que podem, inclusive, conter desastres ambientais.⁴⁰⁶

Sobretudo, medidas sobre o sucesso ou fracasso do programa geralmente tendem a se focar nos pontos intermediários, como o número de locais que foram limpos ou a qualidade dessa limpeza e muito raramente se focam em preocupações sociais fundamentais, tais como a redução do nível do risco ambiental e o aumento da qualidade da saúde pública que no fim, podem ser considerados os fundamentos do CERCLA *Superfund*.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ ADLER, Jonathan H. *Op. Cit.*, p. 737.

⁴⁰⁷ HIRD, John A. *Superfund: The Political Economy of Environmental Risk*, p. 31.

CAPÍTULO 5 – FLUID RECOVERY: POSSÍVEL RETORNO AO JUDICIÁRIO?

Afinal qual a função que a *fluid recovery* desempenha no sistema brasileiro? Quais as suas potencialidades? Quais as vantagens que uma análise comparada desse instituto pode trazer para o ordenamento jurídico brasileiro? Uma reparação fluida sempre será uma alternativa imperfeita na execução dos processos coletivos?

Este capítulo não tem a pretensão de trazer todas as respostas a essas perguntas. E nem poderia, uma vez que traz consigo inúmeros outros questionamentos. Entretanto, se propõe a analisar o papel da reparação fluida no Brasil para além de sua redução à destinação dos recursos aos fundos; essa separação é fundamental para que, então, se possa pensar criticamente ambos os institutos, em apartado.

Por meio disso, nesse ponto, serão analisadas duas propostas por meio de uma análise comparada com o sistema estadunidense: de um lado as possibilidades para utilização dos fundos e de outro as potencialidades da *fluid recovery* no Brasil.

5.1 REPARAÇÃO FLUIDA NO BRASIL, OS FUNDOS E A EXECUÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS: TENTANDO APARAR AS PONTAS

Neil Komesar afirma que a maioria de nós vive em sociedades massificadas, muito complexas que dependem de processos de tomada de decisões operadas em abstrato: instituições amorfas determinam o quanto ganhamos e pagamos. Assim, são as decisões tomadas por burocratas anônimos, legisladores distantes e Cortes isoladas que moldam muitas de nossas oportunidades. As escolhas feitas, principalmente, por essas três instâncias que determinam quais as opções serão adotadas, desde a quantidade de poluição no ar ao padrão de reforma processual.⁴⁰⁸

Esses *decision makers* não são indivíduos ou mesmo um grupo pequeno de indivíduos. Na maioria das vezes trata-se da análise de processos complexos,

⁴⁰⁸ KOMESAR, Neil K. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1994. p. 3.

notadamente característicos da arena política, das escolhas tomadas pelo mercado e dos processos adjudicatórios. Desse modo, é a interação entre os vários participantes que dá forma ao resultado, à performance.⁴⁰⁹

Não seria diferente em relação às decisões efetuadas dentro da execução dos processos coletivos: inúmeros envolvidos, enormes somas de dinheiro e interesses complexos permeiam a seleção dos procedimentos a serem adotados. Sobretudo, a opção realizada de se eleger como destinatários das condenações pecuniárias residuais em ações coletivas fundos administrativos, revela uma escolha fundamental.

Escolhas institucionais são difíceis, mas essenciais. E elas são sempre entre alternativas altamente imperfeitas. Os benefícios e falhas de uma instância *versus* as de outra que podem variar dependendo das circunstâncias e dos aspectos priorizados na análise.⁴¹⁰

Pensando especificamente no sistema de execução judicial dos processos coletivos, é possível afirmar que, inicialmente, haviam essas três possibilidades: a destinação do eventual montante residual pelo próprio Judiciário, pelo mercado ou por meio de uma estrutura administrativa. Todas as opções são imperfeitas, com suas vantagens e desvantagens. Aliás, a própria reparação pecuniária genérica – e a existência de um resíduo – parece ser uma alternativa imperfeita quando envolve a reparação de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A escolha operada no sistema jurídico norte-americano foi pela discricionariedade das Cortes na destinação deste montante residual, ao passo que a opção feita pelo legislador brasileiro foi a destinação dos recursos a um fundo administrativo.

Devido a isso, a concepção da reparação fluida no Brasil foi, em grande medida, reduzida à mera destinação de recursos aos fundos específicos, que, por sua vez, fazem a alocação do montante nas respectivas áreas temáticas previamente determinadas. De fato, a redação dos dispositivos legais que autorizam uma reparação fluida no sistema jurídico brasileiro se refere

⁴⁰⁹ KOMESAR, N. K. *Idem*, p. 3.

⁴¹⁰ KOMESAR, N. K. *Idem*, p. 5.

enfaticamente à destinação aos fundos.⁴¹¹ Entretanto, não é desejável reduzir um instituto a sua mera definição legal, especialmente quando possui um potencial muito além do enunciado.

Isso se deve não apenas às inúmeras críticas feitas ao funcionamento dos fundos e o questionamento quanto à sua necessidade no contexto atual da Administração Pública, mas, sobretudo, devido à própria necessidade de se repensar a maneira como é realizada a execução dos processos coletivos no Brasil e a importância de se considerar os instrumentos visando, precipuamente, à tutela do direito material.

Parece que separar a reparação fluida da destinação de recursos aos fundos e pensar a atual configuração desses institutos no ordenamento jurídico brasileiro, em apartado, pode ser um começo para essa discussão. Se por um lado é importante pensar em meios para tornar mais eficientes os fundos, que já existem, tem previsão legal no ordenamento jurídico e são a atual destinação do montante residual em ações coletivas, também é importante discutir sobre as possibilidades que uma reparação fluida operada pelo Judiciário, nos moldes propostos pelo direito norte-americano, com as devidas ponderações, pode trazer para o sistema jurídico brasileiro.

Levanta-se a questão da necessária mediação entre os dois sistemas comparados, sobretudo, devido às peculiaridades do modelo estadunidense. Porque, por mais que haja inúmeros pontos de similitude, as diferenças entre ambos também são bastante relevantes para a análise.

É necessário ter em mente que se trata de um exame entre dois sistemas bastante distintos entre si, notadamente, a *civil law* e a *common law*. Ainda que sejam em grande medida generalizações de tipos ideais, de maneira geral, o modo como a autoridade do Estado se organiza nesses sistemas afeta diretamente o modo como a resolução de litígios é conduzida.⁴¹² Além disso, há

⁴¹¹ Em especial: BRASIL. Lei n.º 7.347/1985. Art. 13. 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.

BRASIL. Lei n.º 8078/1990. Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

⁴¹² Para um estudo mais aprofundado: DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven and London: Yale

a questão do próprio “excepcionalismo”⁴¹³ estadunidense, não apenas em termos de cultura jurídica, mas também dos procedimentos adotados, que possuem um cunho extremamente pragmático.

Não obstante, o estudo comparado tem o importante papel de tentar explicar determinados institutos e trazer dados para justificar certas escolhas, principalmente, em casos de tentativas de traslado de institutos para realidades jurídicas diferentes.

Por meio do exame de ordenamentos jurídicos distintos, torna-se possível encontrar pontos comuns inesperados ao mesmo tempo em que se evidenciam particularidades e, principalmente, compreendem-se características básicas dos países, de sua sociedade e instituições.⁴¹⁴

Ademais, entende-se que, provavelmente, a maior importância do direito comparado é como forma de inspiração para a formulação de hipóteses e justificativas por meio de outros paradigmas,⁴¹⁵ e é especialmente desse ponto que a presente pesquisa busca partir.

5.2 POSSIBILIDADES PARA OS FUNDOS A PARTIR DA ANÁLISE COMPARADA

Feita a necessária diferenciação entre uma reparação fluida e os fundos para o quais as condenações pecuniárias residuais são destinadas, passa-se a analisar algumas possibilidades, por meio do direito comparado, que podem trazer maior eficiência na aplicação dos recursos direcionados a esses.

Porque em que pese os diversos problemas que envolvem seu funcionamento na dinâmica do processo coletivo, eles são o atual destinatário dos recursos, por expressa previsão legal. Fundamental, portanto, por meio da estrutura já existente buscar extrair o máximo de sua efetividade.

University Press, 1931. E DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴¹³ Sobre o excepcionalismo do Sistema norte-americano, especialmente: CHASE, Oscar. *American “Exceptionalism” and Comparative Procedure*. *New York University School of Law. Public Law and Legal Theory Working Paper Series Research Paper No. 39*, 2002.

⁴¹⁴ OVÍDIO, Francisco. Aspectos do Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 79, p. 161-180, 1984. p. 179.

⁴¹⁵ HAGE, Jaap. *Comparative Law as method and the method of Comparative Law*. Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2014/11, 2014. p. 14.

Os paradigmas escolhidos para a análise, assim, são os fundos destinatários das condenações em ações coletivas no direito brasileiro, em especial o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) a nível federal, e o principal fundo em matéria ambiental na realidade norte-americana, o CERCLA *Superfund*. Especificamente, busca-se verificar a possibilidade de utilização dos recursos, nos moldes desse, como primeira resposta em casos de desastres ambientais, ou mesmo para a prevenção de sua ocorrência.⁴¹⁶

Assim, há um especial enfoque na parte ambiental, devido à própria natureza do paradigma elegido para a análise comparada. Entretanto, em nenhum momento se propõe que essa seja uma utilização exclusiva para os fundos no direito brasileiro, mesmo porque as ações coletivas são capazes de abarcar uma ampla gama de direitos, muito além do campo ambiental.⁴¹⁷ Trata-se, sobretudo, de uma sugestão para o emprego desse capital tendo em vista a busca por uma tutela mais eficiente.

5.2.1 OS FUNDOS E AS EMERGÊNCIAS AMBIENTAIS

Conforme analisado anteriormente,⁴¹⁸ o CERCLA *Superfund*, fundo administrado pela *Environmental Protection Agency* (EPA) dos Estados Unidos foi criado com objetivo de lidar com a questão dos resíduos tóxicos no país. É possível o financiamento direto de dois tipos de ação: (i) as limpezas à longo prazo de locais contaminados que foram abandonados e que não seja mais possível localizar o responsável ou (ii) ações de remoção de curto prazo, que são autorizadas quando ocorre algum desastre ou emergência e é necessário retirar a substância tóxica ou isolar a área afetada o mais rápido possível, para evitar maiores danos.

⁴¹⁶ Essa possibilidade já foi levantada por Érica Barbosa e Silva em: SILVA, Érica Barbosa e. A fluid recovery no sistema brasileiro e a efetivação dos direitos coletivos. In: SALLES, Carlos Alberto de. SILVA, Solange Teles da. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2006. E Carlos Alberto de Salles em: SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

⁴¹⁷ Especialmente o FDD, paradigma de estudo para os demais fundos tem como origem de parcela substancial de seus recursos as multas administrativas aplicadas pelo CADE na defesa da ordem econômica, conforme análise do Capítulo 3.

⁴¹⁸ O CERCLA *Superfund* foi objeto de análise no Capítulo 4.

Sabe-se que o estatuto do CERCLA sofre inúmeras críticas da doutrina, especialmente devido ao seu pesado sistema de responsabilidade e tributação e pela demora para aferição dos resultados do programa. Entretanto, algo que parece ser quase unânime a seu respeito é quanto ao sucesso das limpezas de emergências, com as provisões de remoção que podem, inclusive, conter desastres ambientais.⁴¹⁹

A utilização de fundos específicos nesses casos é defendida por parcela da doutrina especializada, no entrecruzamento do Direito Ambiental e a regulação jurídica dos desastres⁴²⁰ e parece estar em consonância com a administração dos riscos, que se consolida nas sociedades contemporâneas como uma das principais funções do Estado.⁴²¹

Significa chamar a atenção para a gravidade de certos eventos e suas consequências ao meio ambiente, que fazem com que seja necessária uma regulamentação específica, sensível ao risco e à incerteza. Especialmente ante à possibilidade de graves acidentes industriais e considerando-se os padrões de inovação tecnológica e consumo atuais, que impactam profundamente o equilíbrio do meio ambiente.⁴²²

Os desastres apresentam um ciclo próprio desencadeador de impactos negativos extremos. Esse ciclo compreende os estágios da (i) prevenção e de sua (ii) mitigação, da (iii) ocorrência do desastre em si, da (iv) resposta de emergência, das (v) formas de compensação e, finalmente, da (vi) reconstrução.⁴²³

A fase de respostas emergenciais é extremamente importante dentro do ciclo dos desastres, sendo que o Direito tem um papel fundamental na orientação das medidas a serem adotadas, das organizações legitimadas para atuar e as

⁴¹⁹ ADLER, Jonathan H. Reforming our Wasteful Hazardous Waste Policy. *N.Y.U. Environmental Law Journal*, vol. 17, p. 724-756, 2008. p. 737.

⁴²⁰ Sobre o Direito dos Desastres (*Disaster Law*) no ordenamento jurídico norte-americano, principalmente: FARBER, Daniel. Disaster Law and Inequality. *Law and Inequality*. v. 2, n. 2, p. 297-321, 2007. No ordenamento jurídico brasileiro, principalmente: FARBER, Daniel. Disaster law and emerging issues in Brazil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 4, n. 2, p. 2-15, 2012. E: CARVALHO, Délton Winter. *Desastres ambientais e sua regulamentação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁴²¹ LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 28.

⁴²² CARVALHO, Délton Winter. *Desastres ambientais e sua regulamentação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 21.

⁴²³ CARVALHO, D. W. *Idem*, p. 46.

delimitações de suas competências na articulação dos atendimentos emergenciais.⁴²⁴

Nessa fase deve haver a execução das ações previstas na etapa de prevenção, com a integração coordenada dos organismos competentes e a adoção dos planos de emergência e contingência.⁴²⁵ Fundamental nesse ponto a ação conjunta da Defesa Civil com a própria empresa responsável, nos casos em que não se tratar de desastre natural. Isso se deve não somente em virtude de seu dever de cuidado, mas também devido à própria especificidade e altos custos da tecnologia necessária. Ademais, é obrigatório que as empresas que exerçam determinados tipos de atividades, com a exploração de recursos ambientais ou possibilidade de degradação do meio ambiente, tenham um plano de emergência – requisito fundamental para o licenciamento ambiental, conforme expressa disposição da Resolução 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

Entretanto, sempre há a possibilidade de omissão desses agentes, ou mesmo que a dimensão do desastre seja tão grande que, mesmo que sejam tomadas as medidas adequadas, elas ainda assim sejam insuficientes. Nesses casos, seria possível a utilização dos recursos dos fundos como auxílio para evitar um dano maior.

Ressalte-se que há previsão específica no ordenamento jurídico brasileiro da destinação de recursos públicos nos casos de desastres. Atualmente há duas espécies de auxílio financeiro governamental: as transferências compulsórias da União para os estados, Distrito Federal e municípios para ações de socorro, assistência às vítimas e reestabelecimento dos serviços essenciais e o Fundo Especial para Calamidades Públicas – Funcap, constituído por quotas integralizadas anualmente pela União, estados e municípios para custear a reconstrução de áreas atingidas.⁴²⁶

Em que pese haja um fundo especializado para a cuidar da questão dos desastres ambientais, verifica-se que ele está primordialmente ligado à reconstrução do bem jurídico, atuando mais em um momento posterior à ocorrência do dano e após a decretação do estado de calamidade pública. A

⁴²⁴ CARVALHO, D. W. *Idem*, p. 115.

⁴²⁵ CARVALHO, D. W. *Idem*, p. 122.

⁴²⁶ CARVALHO, D. W. *Idem*, p. 126-127.

utilização proposta para os recursos do FDD, ao contrário, se daria, principalmente, de maneira preventiva, visando a custear ações anteriores à consolidação do dano.

Sobretudo, relaciona-se a conferir uma maior autonomia para as autoridades na tomada de providências para a proteção do bem jurídico, sem a necessidade de depender exclusivamente do responsável, inclusive nos casos em que haja uma determinação judicial. É uma medida que, ao mesmo tempo que tem um caráter urgente e emergencial, também está voltada ao futuro, vez que visa à proteção de meio ambiente.

5.2.2 O FDD E UMA ATUAÇÃO PROSPECTIVA

Considerando-se essa possível utilização, parece que define-se uma atuação com um nítido caráter preventivo e prospectivo, à medida que busca evitar uma destruição maior ao bem jurídico. Não se dirige, também, tanto ao dano que já foi causado pela conduta indevida, mas sim aos possíveis reflexos que a continuidade dessa ação pode causar.

A utilização dos recursos do fundo nesses casos, poderia ser feita diretamente pelo seu conselho gestor, sendo que sua atuação será dirigida a cumprir com os preceitos constitucionais, especialmente no que tange à proteção do meio ambiente, conforme o preconizado na Constituição Federal em seu artigo art. 225.⁴²⁷

Trata-se da compreensão ser um direito que exige ações compartilhadas entre Estado e cidadãos, com a utilização de diversos mecanismos que busquem a precaução, prevenção, responsabilização, preservação e reconstituição do meio ambiente.⁴²⁸ A atuação administrativa para a tutela do meio ambiente, desse modo, nada mais é do que a concretização espontânea do previsto pela própria Constituição.

⁴²⁷ BRASIL. Constituição Federal. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁴²⁸ LÉITE, José Rubens Morato. AYALA, Patrick de Araújo. *Op. Cit.*, p. 39.

Inclusive, também seria possível pensar na possibilidade de utilização desses fundos para garantir o cumprimento de tutelas de urgência deferidas pelo Judiciário, mas descumpridas pelo réu, a despeito da utilização das medidas coercitivas.

Pensa-se aqui especificamente na tutela inibitória, medida que se dirige contra o ilícito e busca evitar que se consume uma lesão ao direito, ou mesmo que ela possa se repetir. É forte seu cunho preventivo e sua orientação ao futuro.⁴²⁹

Na tutela inibitória, não é necessário verificar se ocorreu um dano na esfera jurídica do titular, a ameaça é suficiente. O ato ilícito, normalmente, se caracteriza por uma atividade continuada, por uma pluralidade de atos suscetíveis de repetição, ou pela iminência de um ato ilícito. Inclusive, os efeitos futuros da ação podem ser impedidos, seja evitando que se produzam novos danos ou diminuindo o já produzido.⁴³⁰

Assim, é uma modalidade de tutela que está em consonância com uma proteção mais efetiva do bem jurídico, principalmente quando se relaciona com a matéria ambiental, por assumir um perfil prospectivo. Sua utilização busca evitar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se transforme em mera indenização pelo seu perecimento.

Assim, conforme o professor Sérgio Cruz Arenhart é possível identificar três espécies que a tutela inibitória pode adotar: a abstenção (não fazer), tolerar (deixar que alguém faça algo) ou a prestação positiva de fazer; essa envolve a realização de uma ação que possa impedir a violação do direito.⁴³¹

Especialmente nessa faceta, em que, para sua efetivação, a tutela inibitória demanda uma prestação positiva, a utilização dos fundos parece ter uma serventia importante. Refere-se aqui, novamente, à possibilidade de provisões emergenciais serem cumpridas sem que se dependa unicamente da vontade do réu e ante a inefetividade da aplicação de medidas coercitivas.

⁴²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 127.

⁴³⁰ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 127-128. Para estudos sobre a tutela inibitória além da obra: ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁴³¹ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 223.

Ressalte-se que, assim como no CERCLA *Superfund*, a possibilidade do emprego do dinheiro do fundo nesses casos, em nenhum momento excluiria a responsabilidade dos agentes, seja de também atuar na contenção dos danos, seja de posterior obrigação de reparação do bem jurídico lesado e recomposição dos recursos que foram utilizados.

Tampouco o uso emergencial retira a necessidade de absoluta transparência na aplicação do montante. Assim como no CERCLA *Superfund* em que se exige a apresentação posterior de um plano de ação detalhado que deve ter ampla publicidade,⁴³² também aqui se entende fundamental a extensa publicização das ações financiadas, com a apresentação de relatórios de planejamento e execução contendo dos procedimentos adotados, devida justificativa e os resultados atingidos.

Trata-se da importância da *accountability*,⁴³³ que deve ser realizada não apenas por meio da fiscalização exercida pelas instâncias governamentais, mas também de maneira a integrar a sociedade civil nos processos de tomada de decisão e fiscalização da atuação do Poder Público.

Assim, ao mesmo tempo em que a possibilidade de utilização dos fundos para ações de emergência na proteção de direitos coletivos – especialmente o meio ambiente – confere uma margem de independência de atuação e demonstra coerência com o ordenamento jurídico nacional, traz consigo a responsabilidade de uma absoluta transparência e publicidade em seu emprego.

⁴³² Por se tratar de uma ação de emergência, a EPA pode apresentar os documentos referentes a sua atuação em até 60 dias depois de iniciadas as atividades no local, não dispensa, entretanto, um plano e um repositório local de informações, conforme: LIGHT, Alfred. CERCLA's Cost Recovery Statute of Limitations: Closing the Books or Waiting for Godot?. *Southeastern Environmental Law Journal*, vol. 16, p. 245-289, 2008, p. 259.

⁴³³ A *accountability* é, sobretudo, uma forma de controle sob o governo, mas que vem se expandindo para todas as esferas públicas. Esse controle pode ser exercido de diversas formas, seja pelas próprias instituições governamentais (*accountability* horizontal), que fiscalizam os agentes com a possibilidade de aplicação de sanções e que fazem parte do tradicional sistema de freios e contrapesos, seja pela população (*accountability* vertical) que tem como principal canal de expressão as eleições. Porém, esse mecanismo de controle unicamente eleitoral se mostra problemático no contexto da América Latina, nesse sentido, surge a proposta da *accountability* social, um mecanismo de controle vertical, não eleitoral das autoridades políticas. Mais sobre o tema em: CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português?. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, fev./abr., 1990. PINHO, José Antonio Gomes; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability*: já podemos traduzi-la para o português?. *Revista de Administração Pública*, v. 43, n. 6, p.1343-1368, 2009. PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. *Accountability* social: la otra cara del control. In: PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. *Controlando la política: Ciudadanos e medios en las nuevas democracias latinoamericanas*. Buenos Aires: Editorial Temas, 2002

5.3 POSSIBILIDADES PARA A *FLUID RECOVERY* A PARTIR DA ANÁLISE COMPARADA

Do mesmo modo que há diversas possibilidades para se pensar em meios de melhorar a eficiência dos fundos administrativos no contexto das ações coletivas, também é possível repensar como é tratada a reparação fluida no Brasil, sobretudo, quanto à possibilidade de sua aplicação pelo próprio Judiciário.

Aventa-se esta possibilidade a partir da análise comparada do instituto, sobretudo, no direito norte-americano, vez que a *fluid recovery* ou *cy pres* nesse contexto tem utilização pelas próprias Cortes. Assim, talvez fosse possível pensar, também, na aplicação direta pelo Judiciário brasileiro do montante residual de ações coletivas, sem a necessidade de direcionar tais valores aos fundos administrativos.

5.3.1 O RETORNO DA *FLUID RECOVERY* AO JUDICIÁRIO

A alternativa de atribuir a *fluid recovery* ao Judiciário parece, a princípio, ir contra uma expressa previsão legal. Entretanto, sua concepção e aplicação podem ir ao encontro de melhor tutela dos direitos envolvidos, sobretudo, por se mostrar alinhada a uma concepção de execução que está diretamente ligada à jurisdição.

Sabe-se que por muito tempo buscou-se manter as atividades executivas afastadas do exercício da atividade jurisdicional, sob a pretensa de se prezar pela neutralidade do juiz.⁴³⁴ Entretanto, verificou-se que esse pensamento era demasiado reducionista da complexidade das relações sociais e prejudicava a efetivação do direito material. Assim, almeja-se, constantemente, o reconhecimento das atividades executivas como função essencial de um exercício jurisdicional, que tenha como objetivo a concretização dos direitos e uma tutela adequada.

⁴³⁴ Sobre isso essencial os estudos de Ovídio Araújo Baptista da Silva, em especial: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

Desse modo, a opção pela *fluid recovery* parece ser um meio apto para se concretizar este intento, à medida que, por mais que se preste a ser um instituto usado de maneira residual, tem o compromisso de, por meio de Cortes, buscar a reparação do dano da melhor maneira possível. A destinação do montante aos fundos, em oposição, mostra-se uma maneira de desvincular a execução do Judiciário, especialmente ante a expressa declaração de não ter o compromisso de estar relacionada ao processo do qual os recursos se originaram.

Assim, ainda que a *fluid recovery* se afaste um pouco do demandante original da ação coletiva, individualmente considerado, ela assim o faz precisamente tendo em vista a possibilidade de se moldar à melhor alternativa para a reparação do bem jurídico objeto da ação, em detrimento de mera reversão a um fundo administrativo que fará a alocação da reparação pecuniária abstratamente, de acordo com áreas temáticas. Nesse sentido, é importante trazer contornos mais definidos sobre as situações em que seria possível aplicar a *fluid recovery*.

Considerando a tradicional classificação dos direitos que compõe o sistema processual coletivo, é possível afirmar que quando se trata de direitos difusos e coletivos, esse instituto não deveria ter uma aplicação tão saliente, uma vez que nesses casos se opta pela tutela específica, primordialmente. A *fluid recovery* se daria somente quando não fosse viável realizar essa reparação, convertendo-se a obrigação específica em condenação pecuniária.

Nesses casos, em vez de ser direcionado aos fundos administrativos, esse montante poderia ser aplicado pelo próprio Judiciário, uma vez que se trata da instância que deveria ser responsável pela condução da ação coletiva em seu todo; por meio da utilização da *fluid recovery* e da premissa de que não há separação entre o conhecimento e execução. Trata-se aqui, de uma destinação que esteja diretamente ligada ao processo em sua origem, mas que, mesmo assim, não seja possível de ser configurada como tutela específica.

A princípio trata-se de algo que aparenta fugir dos poderes conferidos ao juiz pela legislação brasileira, uma vez que o magistrado parece atuar fora do âmbito estritamente processual, quase como um alocador de recursos, atividade típica de um agente político, que é eleito democraticamente.

Esse tipo de questionamento, em regra, não ocorre no sistema estadunidense que confere ampla discricionariedade ao juiz na definição do destino do montante objeto da *fluid recovery*. Entretanto, sabe-se há uma forte crítica à atuação das Cortes nestes casos.⁴³⁵

Especialmente tendo em vista que são sistemas jurídicos distintos é importante cuidar para que não seja feito um transplante automático sem as necessárias ponderações. Entretanto, parece que uma das maiores virtudes da análise comparada é a possibilidade de trazer à discussão soluções adotadas por outros ordenamentos jurídicos frente a impasses semelhantes.

Assim, frente às dificuldades com o uso da *cy pres* ou da *fluid recovery*, uma das ferramentas adotadas pelo sistema norte-americano foi o *crowdsourcing* que busca aproximar os membros da classe das Cortes na tomada de decisão sobre os destinatários dos recursos.⁴³⁶ Trata-se de possibilidade de participação ativa dos interessados, principalmente por meio de meios eletrônicos na escolha e apresentação de possíveis candidatos à receberem o montante. Inclusive, esse parece ser um instrumento em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente ante o reforço do Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105 de 2015) aos meios de participação da sociedade, como as audiências públicas.

Além disso, é necessário pensar na aplicação da *fluid recovery* aos direitos individuais homogêneos. Nesse ponto, parece que não há grandes polêmicas, uma vez que vai ao encontro da utilização da *fluid recovery* ou da *cy pres* em um contexto mais próximo das *class actions* estadunidenses. Além disso, está em consonância com o pensamento de parte da doutrina brasileira,

⁴³⁵ Conforme visto no capítulo 2 há uma crítica muito forte a discricionariedade dos magistrados que, muitas vezes, acabam direcionando os recursos a instituições que não têm ligação direta com a classe demandante da *class action*. Assim, é comum o direcionamento de recursos a instituições de assistência jurídica, ou mesmo professores de Direito e universidades, sendo também problemático o *lobby* que algumas instituições fazem para que sejam potenciais receptoras deste montante.

⁴³⁶ A utilização do *crowdsourcing* foi brevemente mencionada no Capítulo 2 e no texto de Chris Chasin: CHASIN, Chris. Modernizing Class Action Cy Pres Through Democratic Inputs: A Return to Cy Près Comme Possible. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 163, p. 1463-1495, 2015.

que afirma que essa seria a aplicação adequada desse instituto dentro do sistema jurídico brasileiro.⁴³⁷

Entretanto, levanta-se, aqui, a possibilidade de emprego especificamente da *fluid recovery*, na modalidade de redução de preços.⁴³⁸ Porque quando comparada às suas outras configurações, especialmente quanto à transferência do montante residual a instituições filantrópicas, que seria a *cy pres*, parece ser a alternativa que mais se afasta da maneira como é conduzida a execução no Brasil; ao mesmo tempo é também a forma que mais se aproxima de uma reparação direta.

Nesse sentido, na tentativa de traslado para sua aplicação no direito brasileiro deveriam ser mantidos os mesmos pressupostos de sua utilização no sistema norte-americano: quando os sujeitos não puderem ser reconhecidos ou quando o valor for muito pequeno – de modo que não seja viável a distribuição individual – ou já se saiba de antemão que os interessados não irão pleitear estes valores.

A escolha dessa opção deve necessariamente abarcar a complexa análise que ela envolve: o mercado em que está inserido, a concentração desse mercado, os consumidores envolvidos, a opção de tempo mais eficiente para realizar a distribuição dos fundos de modo que se possa alcançar o maior número daqueles que originalmente foram prejudicados, os possíveis comportamentos oportunistas tanto por parte do réu, como dos usuários, etc.⁴³⁹

Trata-se, sobretudo, de ter uma noção geral do quão complexa é essa opção, os altos ônus que ela impõe, não somente ao réu, mas também ao Judiciário, que deve exercer a fiscalização do devido cumprimento da *fluid*

⁴³⁷ Esta posição é defendida por Marcelo Abelha Rodrigues em: RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a Fluid Recovery do art. 100 do CDC. *Revista de Processo*, n.116, p. 325-330, 2004.

⁴³⁸ Conforme classificação apresentada por Anna Durand no capítulo 2, os mecanismos de *fluid recovery* podem se classificar como mecanismos de preço (*price mechanism*) e mecanismos de não-preço (*non price mechanism*). É possível considerar como *non price mechanisms*: (1) *direct rebate*, (2) *claimant fund-sharing*, (3) *escheat* e (4) *consumer trust fund*, ao passo que os *price mechanisms* são, sobretudo, os *price rollbacks*. (DURAND, Anna. An Economic Analysis of Fluid Recovery Mechanisms. *Stanford Law Review*, vol. 34, p. 173-201, 1981, p. 176-181.)

⁴³⁹ Tais pontos são especialmente abordados, no contexto estadunidense por Anna Durand, a partir de uma análise econômica em: DURAND, Anna. An Economic Analysis of Fluid Recovery Mechanisms. *Stanford Law Review*, vol. 34, p. 173-201, 1981 e foi principal marco teórico na análise do ponto 3 do capítulo 2.

recovery; especialmente quando se leva em consideração seu desenvolvimento e as críticas que sofre no sistema norte-americano.

Em que pese a complexidade da adoção dessa opção, a redução de preços devido à intervenção de entidade estranha à dinâmica do mercado já ocorre por determinação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Sua aplicação, entretanto, está diretamente relacionada ao combate à formação de cartéis e busca fazer com o preço do produto seja aquele devido sem que houvesse a prática anticompetitiva pelo agente econômico que, geralmente, impõe um sobre-preço (*overcharge*) ao mercado.⁴⁴⁰

Trata-se de contexto diverso da redução de preços como forma de reparação residual da *fluid recovery*, entretanto demonstra a possibilidade de utilização desse mecanismo sem que ele seja considerado uma ingerência desmedida na economia e, sobretudo, a existência de uma instância altamente capacitada, que é o CADE, para auxiliar o Judiciário na análise do impacto econômico da escolha desta opção.

Nesse sentido, pensa-se que uma possibilidade bastante razoável para sua aplicação seria nos casos de cobranças indevidas em tarifas de concessões de serviço público, sobretudo, levando em consideração a natureza do serviço prestado e as restrições de mercado e preço envolvidas. Em especial, se sobressai a análise dos casos de cobranças abusivas em tarifas de pedágio, uma vez que notadamente esse tem sido objeto recorrente de diversas ações civis públicas.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ Ressalta-se que neste caso mais do que uma imposição por parte do CADE, a redução de preço decorre principalmente devido à extinção do próprio cartel que, na maioria das vezes, tem como objetivo impor um sobre-preço ao mercado. Casos bastante notórios envolvem o setor de combustíveis e gás natural. Além disso, é possível ter uma ideia dos valores dos danos estimados e a redução do preço com o combate do cartel a partir de análise do caso do cartel dos peróxidos no estudo: LUCINDA, Claudio. SEIXAS, Renato. *Prevenção Ótima de Cartéis: O Caso dos Peróxidos no Brasil*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Documentos de Trabalho 002/2016. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-002-o-caso-dos-peroxidos-no-brasil.pdf>>

⁴⁴¹ Notadamente ACP nº 5007718-88.2013.404.7200 e ACP nº 0032657-83.2015.4.02.5106 (2015.51.06.032657-9) propostas pelo MPF de Santa Catarina e Rio de Janeiro, respectivamente. A ACP nº 0027736-63.2016.8.08.0024, proposta pelo MP-ES e a ACP nº 1008231-87.2015.8.26.0320, proposta pelo MP-SP.

5.3.2 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO PRÁTICA DA *FLUID RECOVERY* EM EXECUÇÕES DE PROCESSOS COLETIVOS

A delegação de tem se tornado um instrumento importante ao Poder Público para viabilizar a prestação de serviços essenciais quando faltam os recursos necessários para o investimento. Nesse contexto foi promovido pelo Governo Federal, a partir de 1990, o Programa Nacional de Desestatização de empresas bens e serviços públicos, simbolizado, em grande medida, pela Lei n.º 8.987 de 1995, que regula as concessões comuns de serviço público.⁴⁴² Esse diploma legal coloca à disposição três modalidades: (i) concessão exclusiva de serviço, (ii) concessão exclusiva de obras ou (iii) concessão de serviços combinados com obras.

Posteriormente foi editada a Lei n.º 11.079 de 2004 que passou a disciplinar a concessão especial de serviços públicos, sob a modalidade de (i) concessão patrocinada e (ii) concessão administrativa, instituindo o regime denominado “parceria público-privada” (PPP).⁴⁴³

No caso das rodovias, a prática nas esferas federal e estadual tem sido a de celebrar contratos de concessão de serviços precedidos de obra pública, regidos pela Lei n.º 8.987 de 1995.⁴⁴⁴ Nesses casos, há a necessidade de o concessionário implementar a base física da gestão, executar a obra e depois prestar o serviço, sendo remunerado por ambos. Trata-se, sobretudo, dos custos administrativos da operação e a amortização do investimento realizado para a construção da base física.⁴⁴⁵

Ressalte-se que a remuneração nas concessões comuns tem origem primária nos pagamentos feitos pelos usuários. Por geralmente envolver uma

⁴⁴² MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 19. Além desta obra, para estudos sobre as concessões de serviço público ver: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2012.

⁴⁴³ Para estudos mais aprofundados sobre as parcerias público-privadas ver: JUSTEN FILHO, Marçal. SCHWIND, Rafael Wallbach. *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. SUNDFELD, Carlos Ari. O arcabouço normativo das parcerias público-privadas no Brasil. *Revista do TCU*. n. 104, p. 53-61, 2005. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP – Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁴⁴ GARCIA, Flávio Amaral. *Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 66.

⁴⁴⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Op. Cit*, p. 25.

obra dentro do setor de infraestrutura, que demanda um alto investimento e que tem um retorno lucrativo apenas após algum tempo, é fundamental que sejam firmados contratos de longo prazo. Justamente por isso é importante que esse seja dinâmico e traga mecanismos para manter seu equilíbrio econômico financeiro,⁴⁴⁶ de modo que a concessionária não seja prejudicada com eventuais variações econômicas que tornem o contrato desproporcional.

Entretanto, muitas vezes orientando-se pela busca desse suposto equilíbrio econômico financeiro, os concessionários acabam cobrando dos usuários valores estranhos ao efetivamente devido, quando analisadas as condições do contrato público celebrado, e que não correspondem às situações em que esse ajuste seria cabível.⁴⁴⁷ No caso das concessões de rodovias, o pedágio pode ser considerado como a principal fonte de rendimento dos concessionários e é justamente dentro dessa tarifa que são inseridos esses adicionais indevidos; por isso as ações civis públicas ajuizadas.

Nesses casos, ante a procedência da ação, para a execução do julgado o que geralmente se pede aos usuários lesados é que exijam a diferença entre o valor efetivamente devido e o valor indevidamente cobrado diretamente da concessionária, mediante apresentação do ticket que comprove a utilização da via.⁴⁴⁸ Trata-se do procedimento padrão da execução individual de ação coletiva que tutela direitos individuais homogêneos.

⁴⁴⁶ Conforme Floriano de Azevedo Marques Neto: “A forma de desequilíbrio econômico em contratos de concessão pode se dar por uma gama muito maior de fatores do que ocorre com um contrato administrativo norma. Pode ele advir, entre outros fatores da defasagem da tarifa cobrada, da imposição de novos encargos para o concessionário, da alteração das condições de exploração do bem ou do serviço, ou de fatores externos que afetem as condições de realização do negócio, entenda aí a imbricação entre investimento tempo de amortização, taxa de retorno, percentual de lucro, fluxo de caixa etc.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. *Revista de Direito Administrativo*. v. 227, p. 105-109, 2002. p. 106-107.

⁴⁴⁷ Trata-se de tema bastante complexo, Floriano de Azevedo Marques Neto afirma que os fatores de desequilíbrio podem se dar não apenas pelo devido à variação nos encargos, como também confirme a modificação das receitas. Entretanto, o que se verifica nas ACPs ajuizadas contra a as concessionárias de pedágios, na maioria das vezes se refere à cobrança de taxas de manutenção que não são devidas.

⁴⁴⁸ Isso ocorreu especificamente no processo nº 1027716-35.2014.8.26.0053, julgado pelo TJ-SP. Excepcionalmente não foi uma ação civil pública e sim uma ação anulatória proposta pela concessionária Centrovias face a uma decisão administrativa que ordenava a diminuição das tarifas do pedágio. Foi concedida liminar favorável à concessionária. Com a revogação da liminar, os usuários que passaram por essas praças no período de sua vigência, entre 18/09/2015 e 21/03/2016, poderiam solicitar junto a Centrovias o ressarcimento da diferença. Para tanto, o usuário deveria procurar ou a própria concessionária, ou a operadora de pedágio eletrônico, se utilizar este meio. A diferença a ser demandada era de 10 centavos.

Ocorre, entretanto, que essa tem sido uma alternativa muito pouco eficiente, vez que os valores individualmente considerados são irrisórios e os consumidores dificilmente guardam esse tipo de comprovante. Nesses casos, há uma grande probabilidade da reversão quase integral desse montante aos fundos.

Assim, a utilização da *fluid recovery*, especialmente em sua modalidade de redução de preços pode ser uma alternativa viável, por ser um meio de reparar os sujeitos lesados o mais próximo do possível e, ao mesmo tempo, desincentivar um comportamento ilícito por parte do concessionário, uma vez que busca retirar o ganho auferido ilicitamente.⁴⁴⁹

Ademais, ao analisar as situações em que a *fluid recovery* por redução de preços seria uma opção viável, considerando-se o serviço em questão e o mercado em que se insere, verifica-se que os casos envolvendo cobranças indevidas em tarifas de concessões de serviço público, em especial as concessões de rodovias, seriam situações favoráveis para sua aplicação.

Os custos de fiscalização para o Judiciário não seriam tão grandes, vez que a tarifa cobrada é definida, sobretudo, de acordo com os termos previstos no contrato de concessão, o que faz com que não haja uma flutuação de preços muito imprevisível. Ademais, há o auxílio das agências reguladoras na supervisão das atividades das concessionárias.⁴⁵⁰

Também não seria possível que o concessionário agisse de maneira oportunista, deliberadamente diminuindo a qualidade do serviço prestado, vez que se trata de um serviço público e as obrigações e padrões para sua prestação estão estritamente regulados e submetidos aos princípios administrativos.

Além disso, é importante levar em consideração que, judicialmente, a redução de preço no sistema estadunidense é entendida como uma alternativa apropriada quando utilizada em itens que são repetidamente comprados pelos mesmos indivíduos.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ Trata-se basicamente do objetivo fundamental da existência da *fluid recovery*, enunciado expressamente enunciado por Stan Karas: "The goal of fluid recovery is to make certain that the defendant disgorge all of its ill-gotten gains." KARAS, STAN. *The Role of Fluid Recovery in Consumer Protection Litigation: Klaus v. Trinity Management Services*. *California Law Review*, vol. 90, is. 3, p. 959-995, 2002, p. 970.

⁴⁵⁰ Sobre isto um trabalho essencial é: CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁴⁵¹ MULHERON, R. *The Modern Cy-près Doctrine: Applications & Implications*. Londres e Nova Iorque: Routledge Taylor & Francis Group, 2016. p. 219.

Analisando o caso das tarifas de pedágio, verifica-se que, em geral, não há grandes variações entre aqueles que usam determinada rodovia: em sua maioria são usuários regulares que a utilizam por necessidade.⁴⁵² Assim, em tese, há uma demanda que não é muito flexível. Ainda, não haveria o problema dos agentes oportunistas, vez que dificilmente um usuário se deslocaria aleatoriamente para trafegar pela rodovia apenas para se aproveitar da redução de preço.

Como as rodovias são um monopólio natural,⁴⁵³ a diminuição do preço das tarifas cobradas, não afetaria a concorrência no mercado em que a empresa está inserida. Conforme os princípios administrativos, a concessionárias também não poderia, propositalmente, diminuir a qualidade do serviço prestado ou limitar o tráfego em certas áreas, uma vez que se trata de serviço público.

Assim, em uma análise superficial, parece ser possível afirmar que, no contexto das concessões de rodovias, essa seria uma opção bastante razoável para a aplicação da *fluid recovery*, na busca de reparar os indivíduos lesados da melhor maneira possível, mesmo que não individualmente. Notadamente, essa possibilidade se estende, a princípio, as demais concessões de serviços públicos.

Sobretudo, entende-se que se trata de uma maneira de reaproximação do Judiciário da execução integral das ações coletivas, vez que deve desempenhar um protagonismo na aplicação da *fluid recovery* e fiscalização de seu desenvolvimento para a reparação dos lesados.

⁴⁵² Ainda que apresente algumas falhas metodológicas, levantamento realizado por Paulo Rodrigues Cerqueira e Paulo Renato de Sousa aponta que, em sua maioria, os usuários de rodovias são empresas de pequeno porte do ramo de transporte e armazenamento. Em: CERQUEIRA, Paulo Rodrigues. SOUSA, Paulo Renato. Realidade e Tendências do Pedágio no Brasil. XXXIII Encontro da ANPAD. São Paulo: 2009. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/GOL3084.pdf>>. Acesso em: 07/12/2016.

⁴⁵³ Fabio Nusdeo afirma que um monopólio corresponde a uma situação na qual apenas uma pessoa ou uma empresa se apresenta como vendedora de um produto. O poder econômico de manifesta em sua plenitude vez que atua nas duas variáveis da compra e venda, o preço e a quantidade. Um monopólio natural, na maioria das vezes, é uma atividade na qual os custos de produção fixos (como maquinários e instalações) são desproporcionalmente altos em comparação com os custos de produção variáveis (como mão de obra e matéria prima), mas decrescentes a medida que produção aumenta, seguindo esta tendência até alcançar toda a produção destinada a atender este mercado. São decorrentes das próprias características estruturais-tecnológicas destes setores que impedem o regime de concorrência. (NUSDEO, Fabio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 8. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 277-278.)

Por fim, ressalva-se que é delicado defender algo que vai contra expressa previsão legal. Entretanto, ao mesmo tempo entende-se que o estudo do processo coletivo conseguiu ultrapassar esse primeiro momento de simplificação de complexidades para sua consolidação e encontra-se em um estágio em que parece necessário rediscutir alguns dos pressupostos em que se assentou – que inclui a definição legal dos direitos coletivos.⁴⁵⁴ Nesse sentido, dentro da execução pecuniária dos processos coletivos, parece importante inserir o papel e potencialidades da *fluid recovery*.

5.4 ENTRE ALTERNATIVAS IMPERFEITAS E ESCOLHAS INSTITUCIONAIS

A opção pela destinação do montante residual em ações coletivas a um fundo ligado a uma estrutura administrativa em vez de deixar nas mãos do Judiciário foi uma escolha institucional. Especificamente, uma escolha institucional entre alternativas imperfeitas.

À época, a compreensão era a de que o Judiciário não seria a instância mais adequada para determinar a destinação desses fundos, devido a sua própria configuração como instituição dentro do arranjo do Estado. Tampouco pensou-se em deixar a reparação por conta da livre-iniciativa.

Fazendo uma comparação entre as três instituições mais proeminentes: o mercado, o processo político e o processo adjudicatório, verifica-se que este, em um modelo ideal, exhibe três elementos estruturais que moldam seu funcionamento. Em primeiro lugar, o processo adjudicatório é mais formalmente definido e tem mais requisitos formais para participação do que as outras duas instâncias. Para participar entrar no Judiciário, os litigantes devem superar mais obstáculos do que os votantes ou consumidores, por exemplo. Em segundo lugar, o processo adjudicatório é muito menor – seus recursos físicos e pessoais são menores – que o processo político e é muito mais difícil aumentar seu tamanho. Em contraste, quanto mais amorfo for o mercado, mais fácil é a sua expansão ou contração e, mesmo que seja difícil medir precisamente, é a maior

⁴⁵⁴ Conforme Edilson Vitorelli na obra: VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2016. O autor defende a necessidade de reanalisar, por exemplo, a classificação em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos pensando em uma classificação a partir da difusão dos litígios.

instituição dentre as três analisadas. Em terceiro lugar, os juízes, oficiais centrais do processo judicial, são supostamente mais independentes da população em geral do que nas outras instâncias, que dependem diretamente desta interação para sua legitimidade. Estas três características interagem uma com a outra e produzem vantagens e desvantagens comparáveis entre o processo adjudicatório e o mercado ou os processos políticos.⁴⁵⁵

Sabe-se que o tipo de sistema presidencialista no Brasil adotou o princípio da separação e independência entre os poderes. Tal modelo, contudo, parece estimular mais o conflito entre os diferentes ramos do que a cooperação, vez que, ao mesmo tempo em que fortaleceu o Legislativo, ampliando sua capacidade de fiscalizar e controlar o Executivo, facultou a este a possibilidade de legislar por meio de medidas provisórias. Essas potencialidades aumentaram a responsabilidade do Judiciário de tentar fazer uma mediação entre estes poderes e o controle constitucional dos atos legislativos e de governo.⁴⁵⁶

Além disso, a extensão, a complexidade e o grau de detalhamento dos direitos garantidos na Constituição Federal de 1988, combinados com a capacidade do Judiciário de exercer o controle das leis e atos normativos, propiciaram um aumento das áreas de intervenção e atuação pública deste poder.⁴⁵⁷

O Poder Judiciário sofreu uma enorme expansão. Entretanto, concomitantemente, tornou-se dominante a ideia de que esta instituição, além de incapaz de responder à crescente demanda pelo acesso à justiça, tornou-se anacrônica e, além disso, refratária a qualquer modificação.⁴⁵⁸

Em pesquisas realizadas no primeiro semestre de 2016, pela Fundação Getúlio Vargas sobre o Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil, é possível verificar que quase um terço dos brasileiros que afirma confiar no Judiciário (29%). Trata-se de um resultado que coloca sua confiabilidade abaixo das Emissoras de TV (33%), mas acima da Polícia (25%). Além disso, o Poder

⁴⁵⁵ KOMESAR, Neil K. *Op. Cit.*, p. 123.

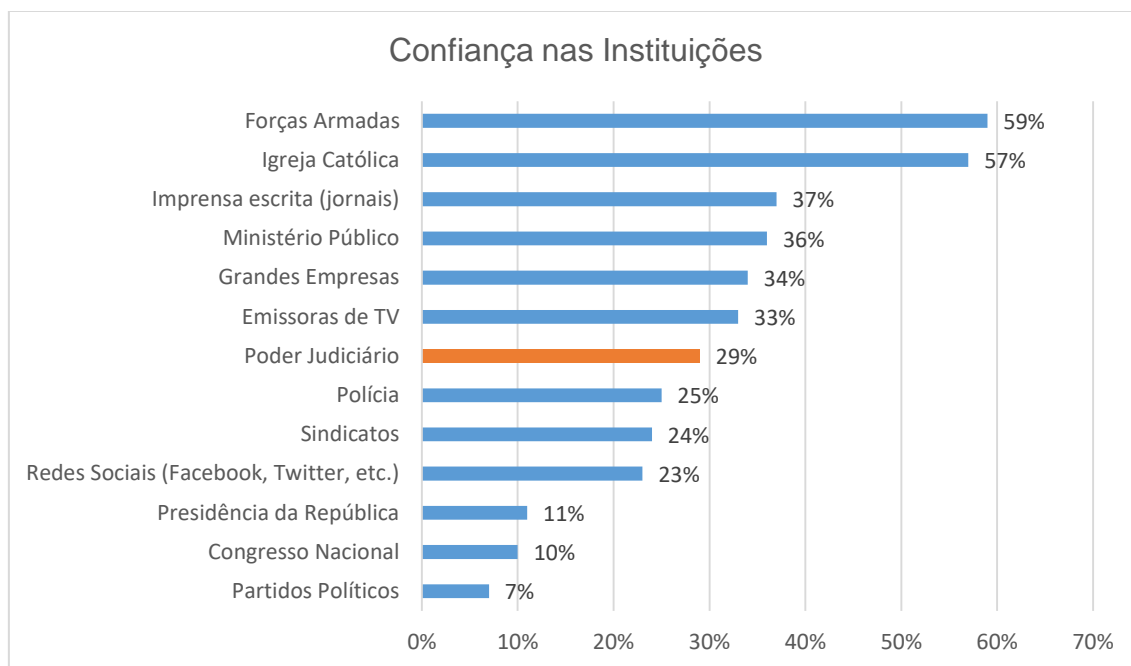
⁴⁵⁶ SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos avançados*, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004. p. 80.

⁴⁵⁷ SADEK, M. T. *Idem*, p. 81.

⁴⁵⁸ SADEK, M. T. *Idem*, p. 83.

Judiciário ainda figura à frente da Presidência da República (11%) e do Congresso Nacional (10%).⁴⁵⁹

Gráfico 3 - Confiança nas Instituições



Fonte: *Relatório ICJBrasil - 1º semestre/2016*. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2016. p.15. Formatação do gráfico da autora.

Assim, o Judiciário, sem dúvida é uma instância imperfeita para a alocação dos recursos residuais de uma ação coletiva. Isso se reforça, também, a partir da análise comparada da experiência norte-americana com a *fluid recovery* e a *cy pres* e os problemas que estão ligados às claras preferências dos magistrados pela destinação dos recursos à recipientes específicos, que não necessariamente beneficiarão a classe lesada.

Sobretudo, percebe-se que as Cortes buscam resolver o problema dos fundos residuais em ações coletivas, e as próprias ações coletivas, o mais rápido possível para aliviar a sua estrutura, que está abarrotada de processos e que

⁴⁵⁹ A pesquisa completa, com a devida explicação dos aspectos conceituais e metodológicos pode ser verificada em: *Relatório ICJBrasil - 1º semestre/2016*. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Acesso em 04/12/2016. Sobre isto também ver: SADEK, Maria Tereza. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*. n. 101, p. 55-66, 2014.

tem seu desempenho fiscalizado a partir de um padrão eminentemente quantitativo.⁴⁶⁰

Ao mesmo tempo, a alternativa ao Judiciário é a atual situação, com a destinação dos recursos a fundos administrativos. Trata-se de uma eleição que, em tese, seria mais democrática e eficiente por ser uma estrutura própria ligada ao Executivo. Aliviaria o Judiciário desta gestão e estaria inserida em uma instância supostamente democrática.

Entretanto, na materialidade tem se mostrado extremamente ineficiente. A falta de transparência das aplicações e a inconsistência de sua atuação com os propósitos da Lei, vez que não a aplicação dos recursos não está necessariamente ligada a ação coletiva de onde se originaram, tem colocado sua utilidade e credibilidade em questão, tornando-os, também, uma opção altamente imperfeita.

Some-se a isso o fato de que a atual situação acaba corroborando a ideia da separação dos provimentos executivos da função jurisdicional. Reforça-se esta ideia que é típica de um regime que supõe que todos os bens jurídicos podem ser reduzidos a pecúnia, assimila ressarcimento à dinheiro e não tem a preocupação de desenvolver formas processuais que sejam capazes de permitir a efetividade de ressarcimento na forma específica.⁴⁶¹

Assim, a partir de uma análise comparada e da compreensão da própria necessidade de unir a execução ao exercício da jurisdição, parece que o Judiciário, mesmo com todos os defeitos e limitações institucionais apontados, ainda é uma aposta válida como instância de aplicação destes recursos.

Ressalte-se que os juízes, em particular, devem ser cuidadosos para evitar a tentação do institucionalismo único. Assim, devem considerar suas próprias habilidades e os impactos de sua atuação na sociedade, além de sempre sopesar a necessidade de determinada atividade adjudicatória ante às suas limitações institucionais.⁴⁶²

⁴⁶⁰ Sobretudo, trata-se das pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A mais famosa delas, “Justiça em Números” que, devido a sua própria metodologia, demonstra bem este ponto. Por mais que se trate de trabalho estatístico e empírico fundamental para o diagnóstico da situação do Judiciário brasileiro, é importante apontar que ela se foca em apenas um de vários aspectos que deveriam também ser levados em consideração ao analisar o Judiciário.

⁴⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 64.

⁴⁶² KOMESAR, Neil K. *Op. Cit.*, p. 149.

O Judiciário constantemente se depara com casos complexos, e continuamente tem que fazer malabarismos para conseguir julgá-los ante a seus recursos escassos, preferências sistêmicas e conhecimentos limitados.⁴⁶³ Isso não vai mudar. Também não é possível mudar o fato de que uma tutela ressarcitória e pecuniária em matéria de processo coletivo sempre será uma alternativa imperfeita. O que pode mudar, entretanto, é a configuração que a própria execução do processo coletivo pode tomar ante as possibilidades que a utilização da *cy pres* ou da *fluid recovery* conferem ao magistrado ao aproximar a jurisdição da execução e estar orientada a uma reparação que esteja comprometida com o processo de origem dos recursos.

⁴⁶³ KOMESAR, N. K. *Idem*, p. 149. No original, o trecho inteiro: “Judges must balance the need for a given adjudicative activity, often defined by the severity of the malfunction in the usually more dominant market or political processes, with the costs of that activity, defined by the severity of the strain on limited judicial resources and on judicial abilities constrained by systemic biases and limited expertise. The courts must continuously juggle a series of important and credible claims on severely constrained judicial resources.”

CONCLUSÃO

Parece que ao final deste estudo restam mais perguntas do que respostas, principalmente, acerca do funcionamento e das limitações da utilização da *fluid recovery* no ordenamento brasileiro, em apartado dos fundos. É possível, entretanto, assinalar pela possibilidade do retorno ao Judiciário da execução das condenações pecuniárias em ações coletivas.

Nesse sentido, é importante aventar a viabilidade da aplicação pelas próprias Cortes dos valores oriundos das ações coletivas, ao invés de sua automática destinação aos fundos federais ou estaduais. Trata-se do emprego de uma verdadeira *fluid recovery*, operada pelo Judiciário e em consonância com a necessidade de se promover uma reconciliação da tutela executiva com a atuação jurisdicional.

Entretanto, tal opção sempre deve ser ponderada com as capacidades institucionais do Judiciário brasileiro para lidar com esta incumbência. Isto envolve não apenas o magistrado, mas também a própria estrutura desta instância, com seus limitados recursos tecnológicos e humanos, bem como o escasso tempo que será dispendido na adequada aplicação, fiscalização e publicização dos atos que esta atuação envolveria.

Ademais, sabe-se que as premissas aqui desenvolvidas são apenas introdutórias e as conclusões bastante precárias, sobretudo, por se tratar de uma escolha institucional: elege-se o Judiciário ao invés de uma instância administrativa, que é o fundo – em oposição a uma clara opção legislativa. Nesse sentido, expõem-se, também, as principais ideias desenvolvidas ao longo deste trabalho:

1. As ações coletivas foram fortemente orientadas para proporcionar um maior acesso à Justiça, e também visando a economia processual, vez que reúnem para julgamento processos que seriam tratados separadamente, de modo a poupar tempo e recursos do Judiciário, além de trazer a possibilidade de conferir tratamento uniforme para causas iguais.

2. Ao mesmo tempo, levanta-se a importância da tutela executiva nestes casos, como meio de se verificar os efeitos operados pelas ações de maneira prática. Concebe-se a execução como um complexo conjunto de atos, cuja

complexidade é proporcional às dificuldades de sua atuação, especificamente quando se trata de direitos coletivos.

3. Geralmente quanto a classificação dos direitos coletivos, a doutrina diverge em relação a terminologia, sendo que os efeitos práticos se dão, sobretudo, nas diversas maneiras em que é possível tutelar o direito. Especificamente quanto à execução, coloca-se lado a lado os direitos difusos e coletivos. Afirma-se que quanto a estes, a melhor forma de tutela é a preventiva, que atue de maneira a evitar que a lesão aconteça; e específica, ou seja, caso haja a lesão que ela seja reparada *in natura* e integralmente, de modo que se preserve a natureza do direito para todos os seus titulares. Além disso, sua execução é indisponível.

3. Já quanto aos direitos individuais homogêneos, o procedimento padrão que se desenvolve é que a sentença fixe genericamente a responsabilidade dos réus pelos danos causados, sendo que as vítimas, seus sucessores ou demais legitimados em lei poderão promover sua liquidação e execução, de maneira individual.

4. O legislador já prevendo tanto a insuficiência de uma condenação pecuniária em matéria de direitos difusos e coletivos, quanto a dificuldade que um modelo individualizado de execução poderia trazer, cria uma salvaguarda para que, mesmo nestas situações, houvesse a tentativa de responsabilizar integralmente aquele que provocou a lesão e também recuperar, o melhor possível, o bem jurídico através do direcionamento destes valores a um fundo. Isso ficou conhecido como reparação fluida, em alusão ao termo original em inglês *fluid recovery*.

5. A *fluid recovery*, instituto da *common law*, é utilizada no direito norte-americano para lidar com os problemas de montante residual em ações coletivas. Trata-se de um produto da *class action* moderna e das consequências que ela trouxe a este sistema jurídico. Cabe as Cortes buscarem a destinação destes recursos e, geralmente, suas opções são bastante limitadas, de modo que a *fluid recovery* acaba sendo a opção elegida, ao invés de se negar de plano a certificação da *class action*, à reversão dos fundos para o réu ou para o Estado ou mesmo a divisão *pro rata* entre os membros da classe já habilitados.

6. Assim, a *fluid recovery* pode ser considerada um método de distribuir os recursos com o objetivo de desencorajar o recolhimento de ganho ilícito e

também substituir ou suplementar os procedimentos de pleito individual nas *class actions*, sendo correto afirmar que seu objetivo primário é fazer com que o réu perca todo o valor ganho ilicitamente.

7. A primeira alternativa é uma forma mais tradicional de *fluid recovery*, o *nonprice mechanism* que se intersecta, em grande medida, com o funcionamento da *cy pres*; a segunda, pode ser chamada *price mechanism* e geralmente envolve uma intervenção econômica no demandado.

8. Em ambos os casos, as Cortes tentam fazer uma transferência de renda do réu para o autor da demanda de modo que ela se aproxime o máximo possível de como o mercado faria, caso o réu não tivesse ilegalmente aumentado seus lucros às custas do autor da demanda.

9. Especialmente as reduções de preço como forma de *fluid recovery* são complexas e envolvem vários fatores, justamente por se proporem a ser uma distribuição de danos aos indivíduos lesados, ao invés de ser uma distribuição agregada para um terceiro, como é o método da *cy pres*, em termos genéricos

10. Nesse sentido, verifica-se que houve uma clara preferência na aplicação de *non price mechanisms* da *fluid recovery*, que implicam na maioria das vezes na transferência de recursos, seja diretamente à própria classe, seja a terceiros. Na grande maioria das vezes, estes terceiros são instituições filantrópicas, de modo que a utilização do termo *fluid recovery* começou a ser criticada, por ser muito genérica e se preferiu o termo *cy pres* para designar estas transferências, devido à sua própria origem – os *trusts* de caridade.

11. Tradicionalmente, a *cy pres* pode ser considerada o veículo pelo qual as intenções de um doador (instituidor ou testador) podem ser efetivadas o mais próximo possível nas circunstâncias em que o cumprimento literal de suas vontades não possa ser efetivado. Nesse contexto, a doutrina da *cy pres* tem recebido amplo reconhecimento e adoção.

12. O conceito da *cy pres* ficou por muito tempo limitado ao somente ao direito dos *trusts*, vez que não havia a necessidade de invocar este instituto no âmbito das *class actions*; a estrutura legal existente não permitia que danos fossem auferidos sem que houvesse um receptor definido. Isso, porém, mudou drasticamente, com a reforma da Regra 23 que permitiu a inclusão dos membros ausentes. Isso abriu espaço para que parte dos fundos recebidos não fosse demandada ante à abstenção de seus titulares.

13. Ainda que a *cy pres* busque solucionar este problema, muitos doutrinadores afirmam categoricamente que ela não serviria ao propósito de compensar as vítimas. Some-se isso ao fato de quase todas as *class actions* acabarem em um acordo e, uma vez que a Corte o tenha aprovado, ela não mais se preocupa com o processamento das demandas e distribuição das compensações.

14. No atual sistema, as Cortes nos Estados Unidos são livres para fazer quase qualquer coisa com os recursos oriundos de *cy pres*. Isso gera inúmeras críticas por parte de doutrinadores que afirmam que a *cy pres* é quase como uma carta branca para os juízes fazerem o que bem entendam com o montante residual.

15. A partir da análise comparada percebe-se que o funcionamento da *fluid recovery* no sistema norte-americano é bem diferente do que se entende por este conceito no Brasil, a partir das previsões na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, que se referem à destinação dos recursos aos fundos.

16. Neste sentido, importante a análise dos fundos no ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) que é o destinatário das condenações residuais de ações coletivas à nível federal. Está ligado ao Ministério da Justiça sendo administrado por meio de um conselho gestor, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD).

17. A utilização dos fundos dentro da sistemática da execução de processos coletivos é extremamente criticada pela doutrina, não apenas ante a sua clara inefetividade como meio de reparar os danos mas, principalmente, devido à maneira como acabou se desenhando administrativamente, retirando muito de sua potencialidade.

18. Por se tratar de um fundo administrativo, sua aplicação está dissociada do Judiciário e, ao mesmo tempo que isto pode ser considerada uma vantagem, por aliviar as Cortes desta função e ser uma instância supostamente mais democrática para tomada de decisões, por outro lado, não tem se mostrado suficientemente transparente e diligente na aplicação dos recursos

19. Ademais, em uma análise mais detida é possível verificar diversos pontos em que a reparação fluída do sistema brasileiro se diferencia da do

sistema norte-americano e, principalmente, como a opção pelos fundos administrativos do ordenamento pátrio se diferencia da *fluid recovery*.

20. Nesse sentido, alguns autores afirmam que, ao realizar um estudo comparado da reparação fluida no Brasil com o sistema jurídico norte-americano, a partir do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, o mais correto não seria equipará-lo à *fluid recovery*, e sim ao fundo criado pela legislação ambiental do *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (CERCLA).

21. Sinteticamente é possível afirmar que o CERCLA possibilita que o governo federal dos Estados Unidos responda, com ampla autoridade, às emergências envolvendo a liberação não controlada de substâncias tóxicas ou perigosas. Além disso, pode desenvolver soluções à longo prazo para os locais contaminados de maneira mais grave, de modo a restaurar os recursos naturais prejudicados.

22. Trata-se de uma legislação que previa não apenas um fundo de, a princípio, 1,6 bilhões de dólares financiados a partir de taxas em cima de produtos específicos, que rendeu o apelido de *Superfund*, mas também a previsão de um rigoroso sistema de responsabilidade que é amplo, solidário e retroativo.

23. Isso gerou inúmeras críticas doutrinárias a esta legislação devido à dificuldade de desenvolvimento dos chamados *brownfields*; além dos diversos questionamentos sobre a qualidade das limpezas, o tempo de duração razoável que, tanto o Governo, quanto as partes privadas deveriam observar e se estes locais, que demandam medidas contínuas, estão sendo monitorados propriamente.

24. Por fim, trata-se de, analisando os paralelos entre os sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro, compreender as diferenças a partir das escolhas institucionais operadas.

25. Pensando especificamente no sistema de execução judicial dos processos coletivos no Brasil, é possível afirmar que, inicialmente, haviam estas três possibilidades: a destinação do eventual montante residual pelo próprio Judiciário, pelo mercado ou por meio de uma estrutura administrativa. Todas as alternativas são imperfeitas, com suas vantagens e desvantagens. A escolha do legislador brasileiro foi a destinação destes recursos a um fundo administrativo.

26. Ocorre que, devido a isto, a concepção da reparação fluida no Brasil acabou sendo, em grande medida, reduzida à mera destinação de recursos aos fundos específicos, que, por sua vez, farão a alocação do montante nas respectivas áreas temáticas determinadas. Porém, há a capacidade para ser muito mais do que isso.

27. Assim, parece que separar a reparação fluida da destinação de recursos aos fundos e pensar a atual configuração destes institutos no ordenamento jurídico brasileiro, em apartado, pode ser um começo para uma discussão à respeito das possibilidades de maior efetividade da *fluid recovery* no Brasil e, sobretudo, das execuções de processos coletivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ADLER, Jonathan H. Reforming our Wasteful Hazardous Waste Policy. *N.Y.U. Environmental Law Journal*, vol. 17, p. 724-756, 2008.

AFFERNI, Giorgio. 'Opt-In' Class Actions in Italy: Why are they Failing?. *Journal of European Tort Law*, vol. 7, p. 82-100, 2016.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva. 2003.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. Críticas e propostas à execução de interesses individuais homogêneos. In: ARRUDA ALVIM [et al] (Coord.). *Execução Civil e temas afins – Do CPC/1973 ao Novo CPC: Estudos em Homenagem ao Professor Araken de Assis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Execução de Interesses Individuais Homogêneos: Análise crítica e propostas*. São Paulo, 2012. 247 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Prova Pericial. In: MILARÉ, Édís (Coord.) *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 38, n. 225, p. 389–410, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ATKINSON, Rob. *The Low Road to Cy Pres Reform: Principled Practice to Remove Dead Hand Control of Charitable Assets*. Florida State University College of Law, Public Law and Legal Theory Working Paper n. 176, 2005.

BADIN, Arthur. O fundo de defesa de direitos difusos. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 17, n. 67, p. 62-99, 2008.

BARRUSO, Leandro Fabián. Acciones Colectivas en la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina. *Derecho & Sociedad*, n. 38, p. 205-214, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 Maiores Litigantes*. Brasília, 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. *Relatório de Gestão do Exercício de 2015*. Brasília, 2016. p. 28.

BRASIL. Ministério Público Estadual de Goiânia. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/system/resources/W1siZiIsIjIwMTMvMDQvMTYvMTJfMDNfMjRfOTIfZnVuZG9zX2VzdGFkdWFpc19kZV9tZWlvX2FtYmllbnRlX2VfZGlyZWl0b3NfZGlmdXNvcy5wZGYiXV0/fundos_estaduais_de_meio_ambiente_e_direitos_difusos.pdf>

BROWN, Donald. A. Superfund Cleanups, Ethics, and Environmental Risk Assessment. *Environmental Affairs*, vol. 16, p. 181-198, 1988.

BURBANK, Stephen B. The Class Action Fairness Act of 2005 in Historical Context: A Preliminary View. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156, p. 1439-1551, 2008.

CÂMARA. Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. In: ARRUDA ALVIM [et al] (Coord.). *Execução Civil e temas afins – Do CPC/1973 ao Novo CPC: Estudos em Homenagem ao Professor Araken de Assis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CAPONI, Remo. *Italian “Class Action” Suits in the Field of Consumer Protection: 2016 Update*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2796611>. Acesso em 15/10/2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, p. 128-159, n. 05, 1977.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARVALHO, Délton Winter. *Desastres ambientais e sua regulamentação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CERQUEIRA, Paulo Rodrigues. SOUSA, Paulo Renato. Realidade e Tendências do Pedágio no Brasil. *XXXIII Encontro da ANPAD*. São Paulo: 2009. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/GOL3084.pdf>>. Acesso em: 07/12/2016.

CHAEVITCH, Anton. When Charity Meets Racism: The Story of Cy Pres in the United States and England. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 54, p. 502-529, 2016.

CHANG, Howard F. SIGMAN, Hilary. An Empirical Analysis of Cost Recovery in Superfund Cases: Implications for Brownfields and Joint and Several Liability. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 2010.

CHASE, Oscar. *American “Exceptionalism” and Comparative Procedure*. New York University School of Law. Public Law and Legal Theory Working Paper Series Research Paper No. 39, 2002.

CHASE, Oscar. *Direito, cultura e ritual: Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHASIN, Chris. Modernizing Class Action Cy Pres Through Democratic Inputs: A Return to Cy Près Comme Possible. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 163, p. 1463-1495, 2015.

COSTA, Leonardo da Silva Guimarães Martins da. *Uma Visão Sistêmica dos Fundos Federais*. Textos para Discussão do Tesouro Nacional, 2012.

CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CUNHA, Alcides Munhoz da. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. *Revista de Processo*. n. 77.p. 224-235, 1995.

DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven and London: Yale University Press, 1931.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. Fundo federal de Reparação de Direitos Difusos (FDD): aspectos atuais e análise comparativa com institutos norte-americanos. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 38, p. 124-139, 2005.

DEWITT, Aaron. ...And yet so far? The utility of the Cy Près Coctrine in class proceedings against the Crown. *The Canadian Class Action Review*, vol. 11, n. 2, p. 395-408, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2012.

DOYLE, Thomas. Residual Funds in Class Action Settlements: Using “Cy Pres” Awards to Promote Access to Justice. *The Federal Lawyer*, jul., p. 26-29, 2010.

DURAND, Anna. An Economic Analysis of Fluid Recovery Mechanisms. *Stanford Law Review*, vol. 34, p. 173-201, 1981.

EISEMBERG, Theodore. YEAZELL, Stephen C. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, p. 465-517, 1980.

FARBER, Daniel. Disaster law and emerging issues in Brazil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 4, n. 2, p. 2-15, 2012.

FARBER, Daniel. Disaster Law and Inequality. *Law and Inequality*, vol. 25, n. 2, p. 297-321, 2007.

FENN, Matt. *The Use of Cy Pres in Class Actions Settlements: The Best of Bad Options*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2446989. Acesso em 19/09/2016.

FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 213 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná.

FGV, *Relatório ICJBrasil - 1º semestre/2016*. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAll owed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAll%20owed=y)>, Acesso em 04/12/2016.

FISS, Owen. The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, 1979 e CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.281-1.316, 1976.

FOER, Albert. AMORE, Roberto. Cy Pres as an Antitrust Remedy. *American Antitrust Institute Working Paper n. 05-09*, 2005.

FONSECA, Juliana Pondé. *O (Des)controle do Estado no Judiciário brasileiro: direito e política em processo*. Curitiba, 2015. 274 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná.

FORDE, Kevin. What Can a Court Do with Leftover Class Action Funds? Almost Anything!. *The Judges' Journal*, vol. 35, n. 3, p. 1-12, 1996.

FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FULLERTON, Don. TSANG, Seng-Su. Environmental Costs Paid by the Polluter or the Beneficiary? The Case of CERCLA and Superfund. Nber Working Paper Series, p. 1-26, 1993.

GAGNO, Luciano Picoli. Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos. *Revista dos Tribunais*, vol. 953, p. 223-257, 2015.

GARCIA, Flávio Amaral. *Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva: As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta. *Revista de Processo*, vol. 108, n. 61, p. 61-70, 2002.

GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: Um modelo para países de derecho civil*. Trad. Lucio Cabrera Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

GIDI, Antonio. *Rumo a uma Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GILLES, Myriam. Class Dismissed: Contemporary Judicial Hostility to Small-Claims Consumer Class Actions. *DePaul Law Review*, Vol. 59, No. 2, 2009; Cardozo Legal Studies Research Paper No. 278.

GOMES, Técio Spínola. *A aplicação adequada da fluid recovery na liquidação e execução de ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos*. Salvador, 2013. 126 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia.

GOODWIN, Iris. Ask Not What Your Charity Can Do for You: Robertson v. Princeton Provides Liberal-Democratic Insights into Cy Pres Reform. *University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 23*, 2008.

GREENSTONE, Michael. GALLAGHER, Justin. *Does Hazardous Waste Matter? Evidence From the Housing Market and the Superfund Program*. Working Paper 05-27, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. FINK, Daniel Roberto. FILOMENO, José Geraldo Brito. WATANABE, Kazuo. NERY JÚNIOR, Nelson. DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7. ed. rev. amp. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GUEDES, Álvaro Martim. Controle financeiro e orçamentário público e a descentralização administrativa no Brasil. *Revista do TCU*, n. 85, p. 13-26, 2000.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP – Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, p. 618-688, 2013.

HAGE, Jaap. *Comparative Law as method and the method of Comparative Law*. Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2014/11, 2014.

HALBACH JR., Edward C. Uniform Acts, Restatements, and Trends in American Trust Law at Century's End. *California Law Review*, v. 88, p. 1877-1921, 2000.

HEALY, Michael P. Direct Liability for Hazardous Substance Cleanups Under CERCLA: A Comprehensive Approach. *Case Western Reserve Law Review*, vol. 42, p. 65-146, 1992.

HIGGINS, Andrew. ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Class Actions in England? Efficacy, Autonomy and Proportionality in Collective Redress*. Oxford Legal Studies Research Paper No. 93/2013, 2013.

HIRD, John A. *Superfund: The Political Economy of Environmental Risk*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994

ISSACHAROFF, Samuel. Settled Expectations in a World of Unsettled Law: Choice of Law after the Class Action Fairness Act. *Columbia Law Review*, vol. 106, p. 1839-1871, 2006.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JOIS, Goutam. *The Cy Pres Problem and the Role of Damages in Tort Law*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1104468>.

JUDY, Martha L. PROBST, Katherine N. Superfund at 30. *Vermont Journal of Environmental Law*, vol. 11, p. 191-247, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. SCHWIND, Rafael Wallbach. *Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KALAJDZIC, Jasminka. The “illusion of compensation”: cy près distributions in Canadian class actions. *The Canadian Bar Review*, n. 2. vol. 92, p. 173-209, 2013.

KANNER, Allan. Future Trends in Toxic Tort Litigation. *Rutgers Law Journal*, vol. 20, p. 667-691, 1988.

KARAS, Stan. The Role of Fluid Recovery in Consumer Protection Litigation: Klaus v. Trinity Management Services. *California Law Review*, vol. 90, is. 3, p. 959-995, 2002.

KOHAMA, HEILIO. *Contabilidade Pública*. São Paulo, Atlas, 2009

KOMESAR, Neil K. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1994.

KONAR-STEENBERG. Mehmet K. A Superfund Solution for an Economic Love Canal. *Pace Law Review*, vol. 30, p. 310-336, 2009.

KOPEL, David B. *Privileged Polluters: The Case Against Exempting Municipalities From Superfund*. Disponível em: <<http://www.davekopel.com/env/privileged-polluters.pdf>>. Acesso em 07/10/2016.

LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo. Algumas considerações acerca do Fundo para reconstituição dos bens lesados. *Revista dos Tribunais*, v. 726, p. 71-82, 1996.

LIGHT, Alfred. CERCLA's Cost Recovery Statute of Limitations: Closing the Books or Waiting for Godot?. *Southeastern Environmental Law Journal*, vol. 16, p. 245-289, 2008.

LIGHT, Alfred. *Regressing Toward Federal Common Law: The Cataclytic Effect of CERCLA's Private Cause of Action*. Draft. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1888505>. Acesso em 10/10/2016.

LUCINDA, Claudio. SEIXAS, Renato. *Prevenção Ótima de Cartéis: O Caso dos Peróxidos no Brasil*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Documentos de Trabalho 002/2016. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-002-o-caso-dos-peroxidos-no-brasil.pdf>> Acesso em 19/12/2016.

MACCALL, James. STURDEVARD, Patricia. KAPLAN, Laura. HILLEBRAND, Gail. Greater Representation for California Consumers- Fluid Recovery, Consumer Trust Funds, and Representative Actions, *Hastings Law Journal*, vol. 46, p. 797-851, 1995.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Propostas para a reformulação da Lei que criou o Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados. In: MILARÉ, Édis (Coord.) *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. .

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para agir*. 8. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva: Decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARKELL, David. L. "Reinventing Government": A Conceptual Framework for Evaluating the Proposed Superfund Reform Act of 1994's Approach to Intergovernmental Relations. *Environmental Law*, vol. 24, p. 1055-1095, 1994.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. *Revista de Direito Administrativo*. v. 227, p. 105-109, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de Processo*, v. 222, p. 41-64, 2013.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 34.

MILARÉ, Édis. SETZER, Joana. CASTANHO, Renata. O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/1985. *Revista de Direito Ambiental*, n. 38, p. 9-22, 2005.

MILLAR, Ethan D. COALSON JR., John. The Pot of Gold at the End of the Class Action Lawsuit: Can States Claim It as Unclaimed Property?. *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 70, n. 4, p. 511-554, 2009.

MINTZ, Joel A. Hazardous Waste and Superfund: Few Changes and Little Progress. In: DERNBACH, John C. *Agenda for a Sustainable America*. Washington: ELI Press, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MULHERON, R. *The Modern Cy-près Doctrine: Applications & Implications*. Londres e Nova Iorque: Routledge Taylor & Francis Group, 2016.

MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*. Portland: Hart Publishing, 2006.

MULLENIX, Linda. Aggregate Litigation And The Death Of Democratic Dispute Resolution. *Northwestern University Law Review*, v. 107, n. 2, p. 511-564, 2013.

MULLENIX, Linda. Ending Class Actions As We Know Them: Rethinking the American Class Action Rule. *Emory Law Journal*, v. 64, p. 400-449, 2014.

NAGAREDA, Richard. The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action. *Columbia Law Review*, v. 103, n. 2, p. 149-242, 2003.

NOLASCO, Rita Dias. Contornos nucleares da Execução Coletiva. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.) *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NUSDEO, Fabio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 8. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OSNA, Gustavo. “Direitos Individuais Homogêneos”? *Relendo a coletivização instrumentalmente*. Curitiba, 2013. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná.

OVÍDIO, Francisco. Aspectos do Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 79, p. 161-180, 1984.

PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. Accountability social: la otra cara del control. In: PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. *Controlando la política: Ciudadanos e medios en las nuevas democracias latinoamericanas*. Buenos Aires: Editorial Temas, 2002.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: LEJUS, 1998.

REDISH, Martin H. JULIAN, Peter. ZYONTZ, Samantha. Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis. *Florida Law Review*, Forthcoming, 2009, p. 30.

RESNIK, Judith. Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights. *Yale Law Journal: Yale Law School, Public Law Research Paper No. 543*, p. 2804-2909, 2015

REVESZ, Richard L. STEWART, Richard B. The Superfund Debate. In: REVESZ, Richard L. STEWART, Richard B. (Ed.). *Analyzing Superfund: Economics, Science and Law*. Washinton: Resources for the Future, 1995.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a Fluid Recovery do art. 100 do CDC. *Revista de Processo*, n.116, p. 325-330, 2004.

RUDKO, Frances Howell. The Cy Pres Doctrine in the United States: From Extreme Reluctance to Affirmative Action. *Cleveland State Law Review*, vol. 46, p. 471-488, 1998.

SADEK, Maria Tereza. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*. n. 101, p. 55-66, 2014.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos avançados*, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. Execução específica e a Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SAMPAIO, Manoel Serrão Borges de. *A contribuição dos fundos públicos para o financiamento ambiental: o caso do FNMA*. Brasília, 2006. 194 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília.

SANDEL, Michael J. *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*. New York: Farrar, Straus & Giroux Inc, 2012.

SANTOS, Osvaldo Maldonado. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Administração Pública*, vol. 70, p. 627-670. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002.

SCHMIDT, Albano Francisco. Os primeiros 30 Anos do Fundo De Defesa De Direitos Difusos sob a luz da Análise Econômica Do Direito: “contribuintes”, projetos apoiados e novas perspectivas sociais. *Argumentum Revista de Direito*, n. 15, p. 201-226, 2014.

SELIGMAN, Brad. LARKIN, Jocelyn. Fluid Recovery and Cy Pres: A Funding Source for Legal Services. *Impact Fund*, p. 12-14, 2008.

SHEPHERD, Joanna. An Empirical Survey of No-Injury Class Actions. *Emory Legal Studies Research Paper*, n. 16-402, p. 1-24, 2016.

SHEPHERD, Stewart. Damage Distribution in Class Actions: The Cy Pres Remedy. *University of Chicago Law Review*, v. 39 iss. 2, article 9, p. 448-465, 1972.

SHEPHERD, Stewart. Damage Distribution in Class Actions: The Cy Pres Remedy.

SHERMAN, Edward F. Class Actions after the Class Action Fairness Act of 2005. *Tulane Law Review*, vol. 80, p. 1593-1616, 2006.

SIGMAN, Hilary. The Pace of Progress at Superfund Sites: Policy Goals and Interest Group Influence. NBER Working Paper n. 7704, p. 1-36, 2000.

SILECCHIA, Lucia A. Judicial Review of CERCLA Cleanup Procedures: Striking a Balance to Prevent Irreparable Harm. *Harvard Environmental Law Review*, vol. 20, p. 339-395, 1996.

SILVA, Érica Barbosa e. A fluid recovery no sistema brasileiro e a efetivação dos direitos coletivos. In: SALLES, Carlos Alberto de. SILVA, Solange Teles da. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SLUTZKY, David. FREY, A.J. Brownfields Uncertainty: A Proposal To Reform Superfund. *Cityscape: A Journal of Policy Development and Research*, vol. 12, n. 3, p. 85-100, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. O arcabouço normativo das parcerias público-privadas no Brasil. *Revista do TCU*. n. 104, p. 53-61, 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art.84)*. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michele. A Atuação Executiva dos Direitos: Perfis Comparados. In: TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: Ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TIDMARSH, Jay. Cy Pres and the Optimal Class Action. *George Washington Law Review*, vol.82, p. 767-797, 2014.

VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VENTURI, Elton. Ministério Público Federal. Liquidação e execução coletiva da fluid recovery referente à "sobra" do empréstimo compulsório cobrado pela União e não devolvido. *Revista de Processo*, vol. 111, p. 313-321, 2003.

VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de Lei n. 5.130-2009. In: GOZZOLI, Maria Clara. CIANCI, Mirna. CALMON, Petrônio. QUARTIERI, Rita. (Coord.). *Em Defesa de um Novo Sistema de Processos Coletivos: Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENTURI, Elton. *O problema da "representação processual" das associações civis na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do STF*. Artigo inédito.

VENTURI, Elton. O problema da representação processual das associações civis na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do STF. *Revista de Processo*, v. 255, p. 277-290, 2016.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VERBIC, Francisco. *Condena de restitución colectiva: el destino de los fondos no reclamados y el mecanismo de fluid recovery (o de cómo garantizar que la demandada no lucre con su actividad ilícita)*. p. 6. Disponível em: <https://www.academia.edu/3428928/Condena_de

restituci%C3%B3n colectiva el destino de los fondos no reclamados y el mecanismo de fluid recovery o de c%C3%B3mo garantizar que la demandada no lucre con su actividad il%C3%ADcita>. Acesso em 19/11/2016.

VERBIC, Francisco. *Condena de restitución colectiva: el destino de los fondos no reclamados y el mecanismo de fluid recovery (o de cómo garantizar que la demandada no lucre con su actividad ilícita)*.

VERBIC, Francisco. Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de fluid recovery. Nocións generales y su recepción en Argentina y Brasil. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, n. 6, p. 3791-3813, 2012. p. 3807.

VIGORITI, Vincenzo. Giustizia e futuro. *Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 26, n. 2, p. 123-130, 2010.

VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: Juspodivm, 2013.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2016.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JR, Hermes. *Coleção repercussões dos Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

WAGNER, Travis P. *The Complete Guide to the Hazardous Waste Regulation: RCRA, TSCA, HMTA, OSHA and Superfund*. New York: John Wiley & Sons Inc., 1998.

WASSERMAN, Rhonda. Cy pres in Class Action Settlements. *Southern California Law Review*, n. 88, p. 97-164, 2014.

WATANABE, Kazuo. MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

YOSPE, Sam. Cy Pres Distributions in Class Action Settlements. *Columbia Business Law Review*, vol. 2009, n. 3, p. 1014-1064, 2009.

ZANETI JR, Hermes. Direitos Coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos. In: Guilherme Rizzo Amaral; Márcio Louzada Carpena. (Org.). *Visões Críticas do Processo Civil Brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ZAVASKI, Teori Albino. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. *Revista de Processo*, n. 78, p. 32-49, 1995.

ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 6. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 151.