

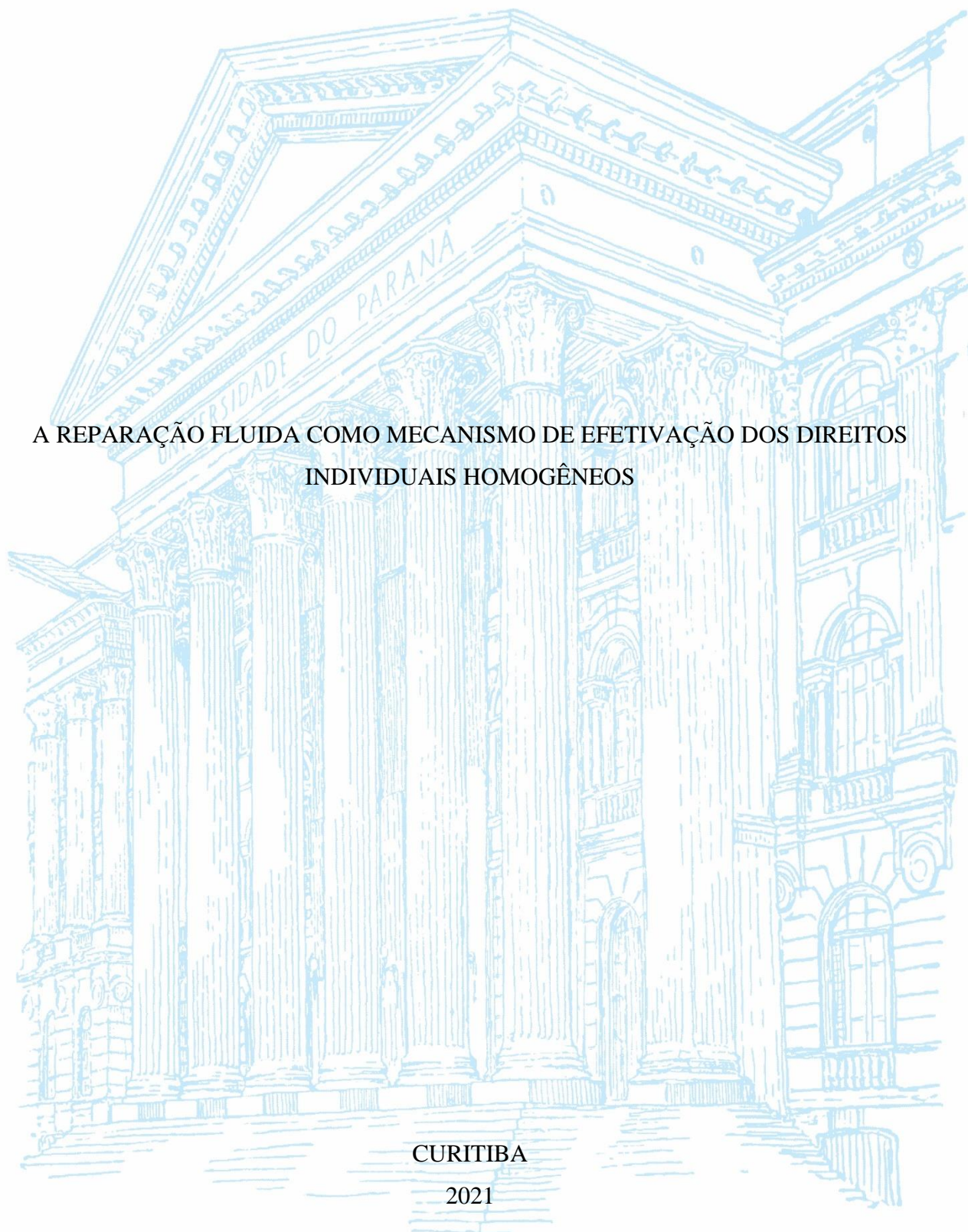
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LETICIA MARIA GONÇALVES SANTOS

A REPARAÇÃO FLUIDA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

CURITIBA

2021



LETICIA MARIA GONÇALVES SANTOS

A REPARAÇÃO FLUIDA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Artigo apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

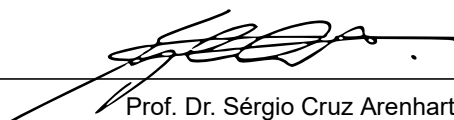
2021

TERMO DE APROVAÇÃO

A REPARAÇÃO FLUIDA (FLUID RECOVERY) COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS
HOMOGENEOS

LETICIA MARIA GONÇALVES SANTOS

Monografia aprovada como requisito parcial para
obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade
de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Orientador

Coorientador



Prof. Dr. Elton Venturi
1º Membro



Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão
2º Membro

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à Deus por permitir que eu chegasse até aqui. Certamente posso dizer que tenho um bom, bom Pai. Agradeço também aos meus pais terrenos, Edileuza e Manoel. Meu coração é infinitamente grato por ter vocês ao meu lado — uma família que sonha, e sonha alto. Obrigada por desde o ventre me imaginarem andando por entre as colunas da Santos Andrade. Por tudo que tudo que tiveram que abdicar para que eu tivesse um ensino de qualidade, mesmo quando todas as circunstâncias eram desfavoráveis. Obrigada por sempre acreditarem em mim, muitas vezes quando eu mesma não acreditava. Com toda a certeza, se estou onde estou, eu devo tudo a vocês.

Agradeço à minha família, especialmente aos meus irmãos: Francielle, Emanuel e Renan. Ao suporte que sempre me deram, mas sobretudo ao afeto, que muitas vezes foi o que me sustentou nessa jornada.

Agradeço às minhas companheiras de faculdade: Juliana, Rayssa, Scarlett, Thalyssa, Yasmim e Iara. O conhecimento técnico é importante, mas tudo que aprendi através dos laços de cuidado, carinho e afeto que construímos juntas não há preço que pague. Também agradeço ao meu amigo Marcus, meus dias de faculdade certamente foram mais felizes com você ao meu lado. Ainda, agradeço a todas e todos os colegas de faculdade que de alguma forma contribuíram com minha jornada até aqui.

Felizmente, minha rede de apoio não é pequena. Ainda que na correria da faculdade, sempre tive amigos queridos de fora do Direito UFPR ao meu lado. A estes amigos, meu mais sincero obrigada. Vocês, sem dúvida, foram fonte de força para mim.

Agradeço ao professor Sérgio Cruz Arenhart por, antes de orientador, ter sido um professor de excelência durante os três anos acompanhando minha turma na graduação, despertando em mim uma verdadeira paixão pelo direito processual civil.

Ao professor Elton Venturi, que felizmente tive a oportunidade de ser aluna durante as tópicas da faculdade. Sua excelência e sua didática sem dúvidas marcaram minha graduação. Seu olhar crítico me fez enxergar o direito processual civil de uma nova forma.

Ao professor Clayton de Albuquerque Maranhão, que infelizmente não tive a oportunidade de ter sido aluna, mas que tenho profunda admiração e respeito.

Também não poderia deixar de agradecer ao professor Marco Aurélio Serau Jr. que me introduziu ao universo da pesquisa e me abriu infinitos caminhos. Mais que um professor, você foi um amigo. Meu mais sincero sentimento de gratidão, carinho e respeito.

Agradeço, também, a todas as portas que me foram abertas. Aqui, em especial, às profissionais. Aos estágios que me oportunizaram um conhecimento prático do Direito. Sou extremamente grata às famílias dos órgãos públicos que me acolheram com tanto carinho e às dos escritórios que me proporcionaram um crescimento profissional gigantesco.

Também a todos os espaços acadêmicos que me fizeram crescer não apenas como pessoa, mas especialmente enquanto coletivo.

Meu coração é profundamente grato pela trajetória fantástica que tive a oportunidade de experimentar durante esses cinco anos. Anos inegavelmente difíceis, mas que me marcaram de um modo que só a UFPR sabe fazer. A Leticia que aos 18 subia pela primeira vez as escadarias da Santos Andrade certamente estaria orgulhosa em ver onde a Leticia do presente chegou. Obrigada, mais uma vez, Universidade Federal do Paraná.

Conheça todas as técnicas, tenha todos os conhecimentos, mas quando chegar a uma alma humana seja só outra alma humana.

Carl G. Jung

RESUMO

A tutela jurisdicional coletiva é orientada por uma série de princípios. Dentre eles figura o consagrado princípio da tutela específica, que prevê que o dano causado à classe deve ser reparado de forma integral. Deste princípio decorrem inúmeras consequências ao sistema processual coletivo, a exemplo da adoção de mecanismos que buscam a efetivação dos direitos coletivos na maior medida possível. É neste contexto, portanto, que a legislação brasileira adotou o mecanismo da reparação fluida como resposta à dificuldade decorrente da impossibilidade de ressarcimento individual dos danos reconhecidos em sentença condenatória genérica. A adoção deste remédio pelo sistema jurídico brasileiro teve forte influência do modelo implantado pelos Estados Unidos no contexto das *class actions* (*fluid recovery*). Por esse motivo, o presente estudo busca realizar, em um primeiro momento, uma análise inicial do funcionamento da reparação fluida. Em seguida, examina-se sua utilização no sistema jurídico dos Estados Unidos para, na sequência, analisar os moldes da adoção realizada no Brasil através do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD). Após analisado o funcionamento destes sistemas, observando-se suas potencialidades e seus vícios, busca-se, através do exame de como o Poder Judiciário norte americano se portou diante da discricionariedade autorizada pela utilização da *cy pres* em seu contexto original, isto é, dos *trusts* de caridade, analisar a efetividade de um possível retorno da *fluid recovery* ao Judiciário no contexto brasileiro.

Palavras-chave: Execução de processo coletivo; direitos individuais homogêneos; reparação fluida; Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD); *trusts* de caridade

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	8
2.	A TUTELA EXECUTIVA DOS PROCESSOS COLETIVOS.....	10
2.1	ASPECTOS GERAIS DA EXECUÇÃO DE PROCESSOS COLETIVOS	11
2.2	LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DE AÇÕES COLETIVAS EM DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	12
2.3	IMPOSSIBILIDADE DE TUTELA ESPECÍFICA, REPARAÇÃO PECUNIÁRIA E A <i>FLUID RECOVERY</i>	14
3.	<i>FLUID RECOVERY</i> E <i>CY PRES</i>	17
3.1	PANORAMA GERAL DA <i>FLUID RECOVERY</i> E <i>CY PRES</i>	19
3.2	A APLICAÇÃO DA <i>CY PRES</i> NAS <i>CLASS ACTIONS</i>	21
3.3	A APLICAÇÃO DA <i>CY PRES</i> NO BRASIL E O FUNDO DE DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS (FDD).....	23
4.	PERSPECTIVAS SOBRE O SISTEMA DE REPARAÇÃO FLUIDA E SEU USO PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS	26
4.1	O EQUIVALENTE PECUNIÁRIO ENQUANTO COMPENSAÇÃO AOS INTERESSES INDIRETAMENTE AFETADOS PELA LESÃO AO BEM COMUM.....	27
4.2	POTENCIALIDADES E DESAFIOS DO SISTEMA DA <i>FLUID RECOVERY</i> NO BRASIL: A DESTINAÇÃO DO MONTANTE RESIDUAL PARA OS FUNDOS ADMINISTRATIVOS	29
4.3	PERSPECTIVAS QUANTO À DESTINAÇÃO DO MONTANTE RESIDUAL PELO PODER JUDICIÁRIO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DOS <i>TRUSTS</i> DE CARIDADE	32
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
	REFERÊNCIAS	40

1. INTRODUÇÃO

Por envolver uma multiplicidade de sujeitos, interesses complexos e a promoção de relevantes interferências no âmbito econômico, político, social e cultural, a tutela de direitos coletivos representa um campo evidentemente sensível dentro do Direito. A complexidade da matéria envolvida exige do Poder Judiciário não apenas a aplicação de um modelo responsivo e repressivo, mas gera a necessidade de implementação de técnicas resolutivas e participativas, com o objetivo de anteceder fatos lesivos e “resultar na construção conjunta de soluções jurídicas adequadas”.¹

Deste modo, quando da aplicação das normas fundamentais da tutela jurisdicional coletiva, faz-se necessária observação atenta aos princípios que norteiam essa modalidade de direito. Dentre eles está o da reparação integral do dano. Nesse sentido, uma vez que se compreende que o direito coletivo é de titularidade de um grupo visto como uma entidade e não como uma mera reunião de litígios individuais, entende-se que o dano causado à classe deve ser reparado de forma integral.²

Deste princípio decorrem importantes consequências, especialmente no âmbito da execução dos processos coletivos. Com efeito, ainda que exista uma forte tendência à concessão da tutela específica do direito coletivo, mormente em razão da natureza dos direitos envolvidos, não se pode ignorar a existência de inúmeras situações em que a tutela específica não pode ser efetivada, restando apenas a possibilidade de reparação pecuniária.

Nestes termos, entra-se no âmbito da liquidação e execução judicial pecuniária de processos coletivos. Neste contexto, em razão das dificuldades que decorrem da distribuição individual dos danos, a jurisprudência norte americana criou a chamada *fluid recovery* (reparação fluida) e a *cy pres*, remédios a serem utilizados quando se torna impossível, de forma total ou parcial, o ressarcimento direto aos integrantes da classe que foram lesados. Nesse sentido, sua utilização busca efetivar, na máxima medida possível, a reparação integral do dano.

Com efeito, o mecanismo da reparação fluida também foi adotado no Brasil. Contudo, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, os valores são revertidos a um fundo que possui natureza administrativa – o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD).

¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 38.

² DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. *Idem*, p. 38.

Nessas condições, o presente estudo busca realizar, em um primeiro momento, uma análise inicial do funcionamento da reparação fluida. Em seguida, examina-se sua utilização no sistema jurídico dos Estados Unidos para, em seguida, analisar os moldes da adoção realizada no Brasil através do FDD. Após analisado o funcionamento destes sistemas, observando-se suas potencialidades e seus vícios, busca-se, através do exame de como o Poder Judiciário norte americano se portou frente à discricionariedade autorizada pela utilização da *cy pres* em seu contexto original, isto é, dos *trusts* de caridade, analisar um possível retorno da *fluid recovery* ao Judiciário no contexto brasileiro.

2. A TUTELA EXECUTIVA DOS PROCESSOS COLETIVOS

Durante muito tempo os direitos transindividuais e individuais homogêneos permaneceram sem tutela jurídica material e processual adequada em razão da ausência de mecanismos capazes de assegurar sua efetiva proteção.

É apenas em meados do século XVII que surge no direito inglês o que hoje se entende por “*class action*”: ações que visam a tutela de direitos de natureza coletiva. Nesta espécie de demanda, o entendimento de que todos os interessados devem necessariamente participar do processo cede lugar à concepção de que os interesses de uma coletividade podem ser representados por um ou mais indivíduos eleitos como representantes da classe.

Nos países adeptos ao sistema jurídico do *civil law*, contudo, a discussão sobre a possibilidade de um sistema processual para além daquela concepção tradicional e de caráter eminentemente individual do processo civil teve início somente a partir da segunda metade do século XX.

No Brasil, a atuação do legislador em favor da criação de mecanismos que assegurassem o exercício efetivo da tutela coletiva foi de extrema importância. Neste contexto, tem-se a edição da Lei da Ação Popular, publicada em 1965, que representou o primeiro diploma legal nacional com o objetivo de tutelar interesses da coletividade, ainda que tenha se restringido à proteção do patrimônio público.

Em seguida, a Lei da Ação Civil Pública, de 1985, cria bases mais sólidas a este novo microssistema, regulando, em um primeiro momento, as ações relacionadas à tutela do meio ambiente, do consumidor e de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Na sequência, após alterações legislativas, esta Lei passou a ser utilizada para a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo.

Aliado às legislações supramencionadas, tem-se ainda a relevante contribuição do Código de Defesa do Consumidor, que incorporou as regras pertencentes à Lei da Ação Civil Pública e criou novas bases para o que, posteriormente, entendeu-se de fato como o microssistema do processo coletivo.

Todo este sistema de proteção aos direitos transindividuais e individuais homogêneos ainda é complementado por leis esparsas, relativas a situações específicas.

Nessas condições, para uma análise adequada dos mecanismos de tutela dos direitos coletivos, há que se fazer algumas considerações iniciais. Embora não haja consenso doutrinário, parte da doutrina entende pela necessidade de diferenciação entre os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Nesse sentido, os direitos individuais

homogêneos seriam direitos de natureza eminentemente individual, mas que decorrem de uma origem comum, o que leva ao entendimento de que são direitos que podem ser tratados de maneira coletiva.

Os direitos individuais homogêneos caracterizam-se por serem direitos típica e fundamentalmente individuais. Porém, conquanto individuais, autoriza a ordem jurídica a sua tutela pela via coletiva apenas porque a identidade de situações dos sujeitos permite que a proteção judicial se dê de maneira uniforme para todos. Trata-se, portanto, de simples *opção* legislativa, no sentido de otimizar a resposta jurisdicional que se oferece a situações de direitos individuais de massa. Porque essa solução oferece a melhor resposta estatal – por vários motivos, a exemplo da isonomia de tratamento, da facilitação de acesso à Justiça para direitos de pequena expressão individual etc. – ela é preferível à tutela individual desses interesses, ainda que a lei nacional não vede esse acesso individualizado ao Poder Judiciário.³

Os direitos difusos e coletivos, por outro lado, tem sua definição legal a partir da conceituação trazida pela própria legislação que, no art. 81, parágrafo único, I e II, do CDC, assim define os direitos difusos: “direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” e os direitos coletivos como “direitos 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”.

Estes últimos, portanto, não se tratam de uma opção legislativa – uma preferência em razão da efetividade de sua tutela – mas, de fato, tratam-se de interesses que extrapolam o plano individual, de natureza indivisível. A diferença entre os direitos coletivos e difusos, portanto, é que a titularidade dos direitos difusos se encontra diluída na sociedade, a exemplo do direito ao meio ambiente, à saúde pública e à cultura, enquanto que a titularidade dos direitos coletivos pode ser delimitada a um conjunto determinado de sujeitos, a exemplo dos consumidores, dos aposentados e dos contribuintes.

Fixadas essas premissas, passa-se à análise dos aspectos gerais da execução de processos coletivos.

2.1 ASPECTOS GERAIS DA EXECUÇÃO DE PROCESSOS COLETIVOS

Em um primeiro momento, destaca-se que a execução de processos coletivos é matéria bastante problemática, especialmente no Brasil. Contudo, a despeito de tais

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

considerações, imprescindível a análise dos mecanismos de exercício da tutela coletiva, especialmente no que diz respeito à execução.

Ainda que se possa subentender que a “ação coletiva” ensejaria um único tipo de procedimento ou uma única forma de execução, tem-se, em verdade, um conjunto de regras específicas para a execução de processos que tratam de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nesse sentido, 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”.⁴

Contudo, em razão do recorte da presente pesquisa, que busca examinar a *fluid recovery* e a doutrina *cy pres* no que diz respeito à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, passa-se à análise específica dos aspectos da liquidação e execução de ações coletivas em defesa destes direitos.

2.2 LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DE AÇÕES COLETIVAS EM DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS

Conforme lecionam Didier e Zaneti, para que se possa definir de modo completo uma norma jurídica individualizada, a decisão judicial deve conter pronunciamento sobre *(i)* a existência da dívida *(ii)* a quem é devido *(iii)* quem deve *(iv)* o que é devido e, nos casos em que o objeto da prestação é suscetível a quantificação, *(v)* a quantidade devida.⁵

Deste modo, a decisão ilíquida seria aquela que deixa de estabelecer o montante da prestação (nos casos em que o objeto dessa prestação é suscetível de quantificação), que deixa de individualizar completamente o objeto da prestação, qualquer que seja sua natureza, ou ainda deixa de definir, em razão de alguma impossibilidade, quem é seu sujeito ativo.⁶

Nessas condições, a liquidação seria o mecanismo utilizado para dar completude à definição da norma jurídica individualizada, de modo que seja possível executá-la. Trata-se de “*complementação* da atividade cognitiva e de *preparação* para a atividade executiva”.⁷

⁴ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a *fluid recovery*, a *cy pres* e os fundos**. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba (PR), 2017, p. 26. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46065>. Acesso em: 09 fev. 2021.

⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 455.

⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

⁷ DIDIER JR., F.; CUNHA, L.C.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. *Idem*, p. 458.

O Código de Processo Civil (CPC) é silente no que se refere à liquidação de sentença coletiva. Contudo, doutrina e jurisprudência entendem que o regramento geral trazido pelo CPC em relação às demandas individuais também pode ser utilizado na execução da tutela coletiva. Deste modo, a liquidação poderia ser realizada em uma fase específica do processo coletivo, sem a necessidade de instauração de um novo processo apenas com esse objetivo – salvo no caso da execução individual de sentença coletiva relacionada a direitos individuais homogêneos.⁸

Em relação à liquidação e execução específicas dos direitos individuais homogêneos, tem-se que sua sistemática está prevista entre os artigos 95 e 100 do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, o procedimento é realizado através da fixação genérica da responsabilidade da parte ré pelos danos causados e, na sequência, a atividade cognitiva do juiz é complementada, de modo que as vítimas, seus sucessores ou os legitimados pela lei são autorizados a liquidar e executar a sentença, mediante a juízo específico sobre a situação particular de cada um dos lesados.

Cumprido destacar, por outro lado, que ao contrário das demandas coletivas e difusas, nas execuções de direitos individuais homogêneos há uma forte tendência de tutela destes direitos através do ressarcimento, e não de uma tutela específica. Nesse sentido, a ação de natureza coletiva só se concretizaria na fase de conhecimento, de modo que, em caso de procedência, o titular de direito individual liquidará seu título executivo em processo autônomo, de maneira individualizada.⁹

Esse procedimento acaba retirando, em muito, a própria essência da ação coletiva. Isso porque faz com que o Poder Judiciário trate de maneira individualizada interesses que poderiam ser apreciados de maneira conjunta, indo de encontro a uma prestação jurisdicional efetiva e causando o que parte da doutrina entende como “pulverização de direitos”.

Sabendo-se, portanto, que a opção pela coletivização das demandas que tratam de direitos individuais homogêneos acaba por gerar maior garantia de isonomia entre os titulares do direito, maior facilidade de acesso à justiça, bem como produz um procedimento muito mais ágil e eficaz com relação a estes direitos, há um esforço por parte da doutrina e da jurisprudência em criar mecanismos que evitem essa individualização da demanda em fase de

⁸ DIDIER JR., F.; CUNHA, L.C.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. *Idem*, p. 458.

⁹ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a *fluid recovery*, a *cy pres* e os fundos**. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba (PR), 2017, p. 23. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46065>. Acesso em: 09 fev. 2021.

liquidação e execução e busquem do próprio réu uma conduta que seja capaz de reparar a lesão produzida, ainda que se trate de reparação pecuniária.

Deste modo, passa-se ao exame dos casos em que há impossibilidade de tutela específica pelo réu - ensejando a reparação pecuniária - e a resposta dada pelo sistema jurídico.

2.3 IMPOSSIBILIDADE DE TUTELA ESPECÍFICA, REPARAÇÃO PECUNIÁRIA E A *FLUID RECOVERY*

É comum que vítimas de danos causados à direitos individuais homogêneos sintam-se desestimuladas a propor demandas de liquidação e execução de títulos executivos provenientes de ações coletivas em que há impossibilidade de tutela específica e a reparação é convertida em dinheiro. Isso se deve em razão de diversos fatores: seja porque o proveito econômico individual é ínfimo, seja porque os custos da demanda seriam superiores ao valor a ser obtido pela condenação.

Deste modo, surge o problema da destinação da sobra. Isso porque, muitas vezes, a gravidade do dano é incompatível com o número de liquidações e execuções realizadas pelos titulares do direito.

É nessas condições que o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347) assim dispôs:

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.

Em mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor destaca:

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

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

A finalidade de ambas as disposições legais parece ser diferente. No primeiro caso, que eventuais condenações em dinheiro serão direcionadas a um fundo que buscará a reconstituição dos bens lesados na hipótese de impossibilidade de sua recuperação. No segundo caso, contudo, a previsão é de que o dinheiro será revertido ao fundo na hipótese de,

realizada a execução, os sujeitos não se apresentarem em número suficiente que seja compatível com a gravidade da lesão.¹⁰

Fernanda Lissa Fujiwara destaca que parece haver uma profunda distinção entre as finalidades das condenações:

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.¹¹

Nestes termos, o professor Elton Venturi destaca que o legislador do Código de Defesa do Consumidor (CDC), mais do que prestar tutela aos direitos individuais homogêneos, considerou relevante uma repressão efetiva aos responsáveis pela lesão à classe, fornecendo uma forma de não deixar impunes comportamentos ilícitos e também propiciar fonte de captação de recursos ao fundo.¹²

De todo modo, fato é que ambos os institutos remetem à transferência de recursos oriundos de condenações em ação coletivas que não tiveram a possibilidade de efetivar a reparação direta dos sujeitos lesados. A este mecanismo dá-se o nome de reparação fluida (*fluid recovery*).

Nestes casos, a liquidação coletiva e posterior execução é residual, uma vez que só será possível na medida que o número de interessados que promoveu liquidações individuais não for compatível com a gravidade do dano.

O objetivo deste remédio, portanto, é impedir que o desestímulo das vítimas em promover a liquidação e execução da sentença nas ações coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos provoque uma “situação de vantagem” ao réu na medida que, na ausência de pagamento integral dos danos fixados judicialmente, haveria evidente descompasso entre a conduta ilícita do réu e a reparação ao qual foi submetido pelo tribunal.¹³

¹⁰ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a *fluid recovery*, a *cy pres* e os fundos**. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba (PR), 2017, p. 26. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46065>. Acesso em: 09 fev. 2021.

¹¹ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a *fluid recovery*, a *cy pres* e os fundos**. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba (PR), 2017, p. 26. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46065>. Acesso em: 09 fev. 2021.

¹² VENTURI, Elton. Execução da tutela coletiva, p. 154.

¹³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 466.

Com efeito, este mecanismo de reparação fluida adotado pelo sistema jurídico brasileiro possui evidente influência daquele implantado pelo sistema jurídico norte americano. Nessas condições, parece fundamental a análise do instituto da *fluid recovery* através do direito comparado, a fim de realizar uma melhor compreensão da maneira como se faz sua aplicação no contexto das ações coletivas no Brasil.

3. FLUID RECOVERY E CY PRES

Embora existam importantes diferenças em sua forma de aplicação, a reparação fluida adotada no Brasil teve forte influência da metodologia empregada pelos Estados Unidos, ora introduzida no contexto das “*class actions*”.

A *class action* nada mais é do que uma espécie de ação coletiva prevista da legislação estadunidense, permitindo que uma única pessoa ou um pequeno grupo de pessoas possa representar os interesses de um grupo maior ou de uma classe de pessoas, desde que compartilhem entre si um interesse comum.

Sabe-se que o direito norte-americano optou pelo sistema jurídico do *common law*. Deste modo, em razão da dinâmica empregada pelo sistema jurídico estadunidense, a modalidade de ação pela via das “*class actions*” teve seu surgimento facilitado, já que o país possui um sistema jurídico dinâmico e sofisticado baseado em precedentes judiciais, possibilitando a discussão de matérias que jamais seriam levadas ao Poder Judiciário de outra forma.

É nessas condições, portanto, que surgem as *class actions*. A partir do século XIX, os tribunais passaram a se deparar com maior frequência com temas que iam além daqueles meramente individuais, sendo confrontados com os chamados “*group litigation*”. Contudo, os casos que iam à Corte acabavam limitando-se à formação de litisconsórcio necessário, a exemplo do emblemático caso *Beauty x Kurtz*.¹⁴

À época, estudiosos já começavam a questionar a necessidade de formação de litisconsórcio passivo para este modelo de demanda. Joseph Story, importante jurista que integrou a Suprema Corte de 1811 a 1845, foi um destes pensadores que concluiu que a presença do interesse de outras pessoas não precisaria ensejar necessariamente o litisconsórcio necessário.¹⁵

Nessas condições, a *group litigation* teria duas finalidades imediatas: a redução no número de demandas ajuizadas e a possibilidade de proporcionar a instauração de demandas que, de outra forma, não seriam formuladas, uma vez que os direitos, se individualmente

¹⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.

¹⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MENDES, Carolina Paes de Castro. *As class actions e as últimas mudanças na regra 23 do estatuto processual federal norte-americano*. **REDP – Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, p. 781-824, dez. 2020, p. 786.

considerados, não teriam valor suficiente para que os custos de ajuizar a demanda valessem a pena.¹⁶

A evolução histórica das *class actions* nos Estados Unidos prossegue com a edição, em 1842, de um conjunto de regras de equidade, em que há a inclusão da *Equity Rule 48*, considerada a primeira norma escrita relacionada à *class action*. Em 1912, a antiga Regra 48 é revogada em prol da *Rule 38*, de modo que os efeitos não vinculativos em relação aos membros da classe que não estivessem presentes como parte no processo foram suprimidos.

Contudo, o tratamento pelos tribunais sobre a questão não restou uniformizado. Deste modo, é apenas em 1938, com a edição do primeiro Código de Processo Civil no âmbito federal, que houve regulação específica sobre a questão. Deste modo, a *Rule 23* passa a servir de norte para as chamadas *class actions*, distinguindo tipos de demanda coletiva e separando aquelas em que haveria vinculação de toda classe e aquelas que só vincularia as partes que participaram do processo.

Diante de inúmeros problemas advindos da diferenciação entre as categorias, houve extrema dificuldade de aplicação por parte dos tribunais. Não por outro motivo, a Suprema Corte, em 1966, alterou a redação da Regra 23, procurando estabelecer uma abordagem prática e funcional para as demandas, de modo que a decisão dada pelos tribunais passaria a atingir a todos que fossem considerados como membros da classe e que não agiram para se auto excluir do processo, independentemente de o resultado ser ou não benéfico para eles.

Para Fernanda Lissa Fujiwara Homma, essa modificação não significaria apenas uma mudança processual, mas uma demonstração da alteração de mentalidade quanto ao propósito básico da *class action*: “não apenas veículo de eficiência e que seja capaz de compensar os membros da classe, mas também que busque, de certa forma, corrigir falhas na sociedade, de maneira geral”.¹⁷

Apesar desta nobre pretensão, o fato de a *class action*, a partir de então, incluir todos os membros da classe que não manifestaram expressamente sua saída ensejou significativas dificuldades no processamento das demandas coletivas. Isso porque haviam casos em que, em razão de a ação contar com um número significativo de pessoas, muitas delas eram

¹⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MENDES, Carolina Paes de Castro. As *class actions* e as últimas mudanças na regra 23 do estatuto processual federal norte-americano. **REDP – Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, p. 781-824, dez. 2020, p. 787.

¹⁷ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a *fluid recovery*, a *cy pres* e os fundos**. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba (PR), 2017, p. 29-30. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46065>. Acesso em: 09 fev. 2021.

desconhecidas ou havia alguma impossibilidade de realizar a intimação pessoal a fim de que tivessem oportunidade de ingressar no feito.

De outro lado, ainda que haja facilidade de identificação de todos os integrantes da classe, ainda há a possibilidade de as demandas serem tão pequenas a ponto de, diante das custas processuais com a notificação, não ser economicamente viável efetivar o pagamento de um benefício individual ao membro. A terceira possibilidade é que, ainda que o pagamento seja viável, pode o membro ausente abrir mão de sua parte. Ou, ainda, efetuar-se o depósito e o valor não ser sacado.¹⁸

É nessa condição que surge a utilização da reparação fluida e da *cy pres*, matéria que será melhor esmiuçada nos tópicos a seguir.

3.1 PANORAMA GERAL DA *FLUID RECOVERY* E *CY PRES*

Caracterizadas as hipóteses supracitadas, passa-se à análise do procedimento adotado pelas Cortes quando o processamento da demanda se torna, de alguma forma, dificultoso. Nestes termos, destaca-se que, em um primeiro momento, há uma significativa resistência por parte dos tribunais em prosseguir com a ação. Isso porque, nos moldes tradicionais, há certa tendência em associar a efetividade da ação com a compensação individual da vítima.

Neste caso, a via eleita (demanda coletiva) seria inadequada, uma vez que a compensação dos membros da classe seria melhor tutelada a partir de demandas individuais. Contudo, há diversas críticas a este modelo de pensamento. Para esta corrente da doutrina, entende-se que a inadmissão da ação unicamente em razão da possibilidade de haver montante residual iria contra a própria essência da *class action*, que tem por finalidade justamente impedir que comportamentos ilegais sigam impunes.¹⁹

Nessas condições, a dificuldade em comento desdobrou-se em dois aspectos: a tentativa de eliminar as causas que provocavam a formação de um montante residual e, na hipótese de formado o montante, a tentativa de estabelecer diretrizes adequadas à sua destinação. Deste modo, na tentativa de impedir a formação de um montante residual, a doutrina realizou diversas elaborações teóricas no sentido de redefinir a classe.

¹⁸ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a *fluid recovery*, a *cy pres* e os fundos**. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba (PR), 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46065>. Acesso em: 09 fev. 2021.

¹⁹ 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.

Nada obstante, as soluções trazidas à baila não eram suficientes à resolução do problema a uma porque acabam por ignorar o eventual enriquecimento ilícito do réu e a duas porque prejudicam a intenção do legislador ao reformar a Regra 23 no sentido de incluir todos aqueles que não se manifestavam no sentido de serem excluídos da *class action*.²⁰

Nessas condições, diante da insuficiência das diversas propostas realizadas²¹, surge aquilo que hoje se denomina reparação fluida e, ao seu lado, a figura da *cy pres*. Aqui, há um evidente alargamento do conceito de classe. Isso porque o montante residual deixa de ser vinculado aos seus membros originários, ao réu ou ao Estado, mas passa a ser revertido em benefício daqueles potenciais membros. De todo modo, verifica-se, neste caso, que o objetivo primário desta forma de reversão dos fundos é fazer com que o réu perda todo o valor ganho ilicitamente.²²

A fim de que se possa esclarecer de forma adequada o que seria a reparação fluida e a *cy pres*, salienta-se, de início, que parte da doutrina considera haver significativa diferenciação entre os institutos. Ambos se relacionam, conforme visto, à etapa de destinação dos fundos não recolhidos no processo de cálculo de danos da classe.²³

A *cy pres*, conforme mencionado anteriormente, surge no contexto dos *trusts* de caridade. Nesse sentido, quando um testador ou um instituidor firma um *trust* para determinado propósito filantrópico, existe a possibilidade de, no momento da execução, a intenção original do instituidor ou testador, por alguma razão, não poder ser cumprida em razão de uma série de fatores de ordem prática ou teórica.

Nesta hipótese, a fim de que o *trust* seja efetivado de modo “mais próximo do possível”²⁴, isto é, de modo mais fiel possível às intenções originárias do testador ou instituidor, permite-se ao tribunal o direcionamento da propriedade deixada para caridade para algum propósito que se insira no âmbito da intenção geral do instituidor ou testador. O *trust*, neste caso, seria feito “por aproximação”.²⁵

²⁰ SHEPHERD, Stewart. *Damage Distribution in Class Actions: The Cy Pres Remedy*, p. 449.

²¹ SHEPHERD, Joanna. *An Empirical Survey of No-Injury Class Actions*. Emory Legal Studies Research Paper, n. 16-402, p. 1-24, 2016.

²² 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.

²³ MULHERON, R. **The Modern Cy-pres Doctrine: Applications & Implications**. Londres e Nova Iorque: Routledge Taylor & Francis Group, 2016.

²⁴ WASSERMAN, Rhonda. **Cy pres in Class Action Settlements**. *Southern California Law Review*, n. 88, p. 97-164, 2014, p. 114-115.

²⁵ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos**. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba (PR), 2017, p. 53. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46065>. Acesso em: 09 fev. 2021.

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 doador²⁶

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.²⁷

Contudo, ainda que o conceito da *cy pres* tenha origem neste contexto específico, sua utilização tem se expandido de tal modo que o conceito de “mais próximo do possível” tem sido aplicado em diversas circunstâncias que envolvam transferência de dinheiro ou propriedade, como nas demandas coletivas.

3.2 A APLICAÇÃO DA *CY PRES* NAS *CLASS ACTIONS*

Conforme já mencionado, antes do advento da Regra 23, apenas aqueles que participavam da demanda coletiva poderiam ser afetados pela decisão da *class action*. Neste caso, não havia sentido a utilização da *cy pres*, uma vez que não haveria montante residual. A popularização do instituto, portanto, só se deu após a alteração legislativa que permitiu a inclusão dos membros ausentes, abrindo a possibilidade, assim, para a formação de verbas residuais em razão de problemas como a impossibilidade de identificação ou a ausência de retorno das notificações.

Nos termos da cultura jurídica do *common law* dos Estados Unidos e por não haver legislação específica sobre o tema, a utilização da *cy pres* deu-se, em um primeiro momento, através da jurisprudência. Nessas condições, foi através da analogia à possibilidade de destinação de fundos a um uso próximo que as Cortes começaram a aplicar a *cy pres* aos fundos residuais nas *class actions*.²⁸ Deste modo, na hipótese de os membros da classe não poderem ser compensados individualmente, os danos recebidos ou as somas derivadas de acordos são distribuídas ao melhor uso próximo.

²⁶ HOMMA, F. L. F. *Idem*, p. 55.

²⁷ HOMMA, F. L. F. *Idem*, p. 53.

²⁸ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a *fluid recovery*, a *cy pres* e os fundos**. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba (PR), 2017, p. 57. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46065>. Acesso em: 09 fev. 2021.

Neste contexto, a utilização da *cy pres* como última opção parece ser a opção mais aceita pela doutrina e pela jurisprudência norte americana. A percepção geral é que ainda que se tenha valores ínfimos a serem recebidos individualmente pelos membros da classe, os fundos devem ser distribuídos às vítimas. Essa concepção provém de uma lógica patrimonial dos direitos.

Contudo, existem hipóteses em que o direcionamento do montante residual aos fundos deve ser privilegiado em detrimento da distribuição individual dos valores. Exemplo disso é a hipótese em que o valor a ser recebido por cada integrante da classe é irrisório, de modo que os custos a serem despendidos com ações individuais são maiores que o montante a ser recebido pelo autor da demanda. Ou ainda quando a distribuição do valor se tornar impossível em razão do número de integrantes da classe.²⁹

Nessas hipóteses, há que se verificar, em primeiro lugar, em que medida a distribuição para outro fim pode beneficiar os integrantes da classe. Isso porque, naturalmente, 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 e as vítimas originais que compõem a classe não serão necessariamente compensadas de forma direta.³⁰ Por tal razão, o intuito primário da *cy pres* é fazer com que a classe original corresponda à classe dos potenciais usuários da destinação do montante.

Há que se enfatizar ainda que as Cortes estadunidenses vêm priorizando a utilização da *cy pres* para propósitos caridosos e benevolentes, ainda que totalmente desvinculados daquilo que se pretende tutelar, sendo a recompensa o “benefício social”. Ora, essa perspectiva evidencia uma utilização da *cy pres* como forma de benevolência e não de punir o réu. Os benefícios ao réu são diversos, uma vez que, ao realizar uma doação em prol de instituições de caridade, acaba-se causando um impacto social muito mais positivo do que se tivesse que pagar o montante de forma individual aos membros da classe.

Outro problema é que a maior parte das *class actions* acabam virando acordo, de modo que praticamente nenhuma ação certificada chega a julgamento e, neste caso, a partir da homologação judicial do acordo, os tribunais deixam de processar a demanda, sendo que

²⁹ MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*. Portland: Hart Publishing, 2006. p. 262.

³⁰ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a *fluid recovery*, a *cy pres* e os fundos**. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba (PR), 2017, p. 59. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46065>. Acesso em: 09 fev. 2021.

apenas uma parte muito pequena dos integrantes da classe, de fato, pleiteiam e recebem a compensação do montante transacionado no acordo.³¹

Nessas condições, ainda que o mecanismo tenha se desenvolvido amplamente ao decorrer dos anos, ainda são muitos os desafios enfrentados pelo sistema jurídico norte americano no contexto da *cy pres*.

3.3 A APLICAÇÃO DA *CY PRES* NO BRASIL E O FUNDO DE DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS (FDD)

No Brasil, com o advento da Constituição da República de 1988, a tutela material dos direitos coletivos foi consagrada a garantia fundamental e os instrumentos para tutela processual desses novos direitos também foram elevados a estatura constitucional.³²

Nessas condições, Constituição Federal de 1988 outorgou legitimação a certas instituições e entidades para, em nome próprio, defender em juízo os direitos subjetivos de outrem (entidades associativas no art. 5º, XXI e sindicais no art. 8º, III; partidos políticos, organizações sindicais e entidades de classe – art. 5º, LXX, b).

Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor disciplinou, no âmbito das relações de consumo, procedimento que denominou de ação civil coletiva (art. 91) para defesa dos direitos coletivos e indicou uma nova espécie destes direitos, que denominou como direitos individuais homogêneos, unificando e harmonizando o Sistema Integrado de Tutela Jurisdicional Coletiva no direito brasileiro.

Conforme anteriormente mencionado, a reparação fluida no Brasil ganha corpo através da previsão legislativa dos fundos de defesa dos direitos difusos. Nos termos da 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.

Assim, se a ação tramita perante uma vara federal, os recursos serão depositados no fundo federal, enquanto que nas demais ações deverão ser depositados em fundo estadual, sujeito à gestão local.

³¹ MULLENIX, Linda. **Ending Class Actions As We Know Them**: Rethinking the American Class Action Rule, p. 419.

³² SANTIAGO, Allan Felipe Brito; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. A recuperação fluida (*fluid recovery*) versus a reparação integral coletiva do dano causado a indivíduos: contributo processual do estatuto da igualdade racial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**, Belo Horizonte, n. 107, p. 19-51, jul. 2019, p 22.

Em relação ao fundo federal, paradigma do presente estudo, tem-se sua previsão legislativa estampada nos artigos 13 e 20 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que assim institui:

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.

§ 1o. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

§ 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.

Art. 20. O fundo de que trata o art. 13 desta Lei será regulamentado pelo Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias.

Contudo, ainda que nos termos do art. 20 da referida Lei tenha havido previsão expressa de que o Fundo seria regulamentado no prazo de 90 (noventa dias) pelo Poder Executivo, em verdade essa regulamentação só ocorreu em 1994, com a edição do Decreto 1.306.

Atualmente, o Fundo tem por finalidade a reparação dos danos relacionados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos. Contudo, em razão do caráter abrangente e protecionista a ele atribuído, bem como de sua ampla capacidade de arrecadação, os recursos destinados ao Fundo não provêm tão somente de ações civis coletivas, mas de outras hipóteses em que há a violação de direitos difusos e coletivos.³³

A respeito de sua gestão, esta é realizada pelo Conselho Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), órgão colegiado integrante da estrutura organizacional do Ministério da Justiça. As competências deste conselho e demais disposições gerais são reguladas pela Portaria nº 1.488, editada em 2008, consistindo no Regimento Interno do Conselho.

³³ 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*, Marília, v. 15, n. 15, p. 201-226, jan. 2014, p. 211-212.

Com efeito, passando-se à análise da destinação dos recursos disponíveis no FDD, vê-se que o art. 7º do Decreto 1.306/94 assim dispõe:

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

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

Ora, vê-se a partir deste ponto que, a despeito do desvirtuamento da intenção original do instituto por parte dos tribunais estadunidenses, o mecanismo de aplicação dos recursos provenientes do Fundo possui um método de aplicação compatível com a evolução histórica vista nos Estados Unidos. A uma porque há previsão expressa de que a aplicação dos recursos arrecadados deve, necessariamente, estar relacionada com a natureza da infração ou do dano causado. A duas porque, no mesmo artigo, enfatiza-se a necessidade de haver uma preferência pela aplicação dos recursos na reparação específica do dano causado em detrimento de outros propósitos, ainda que tão nobres quanto.

Contudo, assim como na cultura jurídica norte americana, o sistema da reparação fluida no contexto brasileiro enfrenta diversas críticas especialmente por, neste caso, sua aplicação estar dissociada do Poder Judiciário. Este assunto será melhor detalhado no próximo capítulo.

4. PERSPECTIVAS SOBRE O SISTEMA DE REPARAÇÃO FLUIDA E SEU USO PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Sabe-se que o devido processo legal é tema basilar quando se fala em direito processual civil. É através da concretização de um devido processo legal que se pode falar em uma tutela adequada de direitos. Não por outra razão, o princípio do devido processo legal possui previsão constitucional (art. 5º, LIV, CF/88) e é consagrado pela doutrina e jurisprudência.

Aliado a esta diretriz, está o princípio da efetividade. Entende-se que os direitos não devem ser apenas reconhecidos, mas também efetivados.³⁴ E é a partir deste contexto que se deve garantir o direito fundamental à tutela executiva. Assim, entendendo a importância deste instituto, o legislador incluiu de forma expressa no Código de Processo Civil o direito à atividade satisfativa, isto é, o direito à execução.³⁵

Do direito fundamental à tutela executiva, portanto, deriva a necessidade de um sistema de tutela jurisdicional capaz de proporcionar satisfação integral a qualquer direito merecedor de tutela executiva.³⁶ Neste caso, deve-se dar ênfase ao mecanismo utilizado como meio de efetivação de direitos utilizado. Isso porque a execução é um dos ambientes mais propícios para a prática de comportamentos desleais, abusivos ou fraudulentos.³⁷

Nesse sentido, tem-se que a execução deve orientar-se pelo princípio da primazia da tutela específica, ou seja, deve-se propiciar ao credor a satisfação da obrigação tal qual teria sido se houvesse o cumprimento espontâneo da prestação pelo devedor. Aqui, cabe destacar que essa concepção de privilegiar a tutela específica nem sempre sucedeu dessa forma.

No passado, quando o sistema de tutela se mostrava bastante insuficiente, havia intenso estímulo da conversão da tutela específica para o pagamento em dinheiro, opção que ficava à critério do devedor. Deste modo, era como se o réu tivesse o direito de não cumprir o próprio dever, desde que pagasse por isso: “*tinha o direito de, por assim dizer, comprar o seu dever, como se toda prestação pudesse ser convertida em dinheiro*”.³⁸

³⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, L.C.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 65.

³⁵ Dispõe o art. 4º do Código de Processo Civil: “*As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”.

³⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, L.C.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 66.

³⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, L.C.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. *Idem*, p. 68.

³⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, L.C.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. *Idem*, p. 72.

Essa concepção com regras processuais privatistas, derivada do pensamento proveniente do Estado Liberal, foi superada a partir da mudança de paradigma na qual o Estado Liberal cedeu lugar ao Estado Social. A partir deste momento histórico, o magistrado passou a ter um papel mais participativo e atuante, de modo que o Estado passa a ser o maior responsável por prestar de forma efetiva a tutela jurisdicional.³⁹

4.1 O EQUIVALENTE PECUNIÁRIO ENQUANTO COMPENSAÇÃO AOS INTERESSES INDIRETAMENTE AFETADOS PELA LESÃO AO BEM COMUM

Conforme mencionado, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social proporcionou uma nova mentalidade à atividade jurisdicional. Deste modo, o juiz deixou de ser uma figura inerte ante o dogma da neutralidade. Nessas condições, passou a atuar de modo participativo inclusive nos processos de execução, de modo que as particularidades de cada caso passaram a ter fundamental importância à adequada resolução do litígio.

A regra de interpretação, neste caso, passa a ser pautada no sentido de extrair a maior efetividade possível das normas aplicadas no caso concreto. Neste contexto, princípios como o da atipicidade tomam importante relevância.

Na seara dos direitos coletivos, tem-se que a LACP não estabeleceu regras em relação à fase de execução, de modo que há a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, estabelecendo-se a teoria do diálogo das fontes. Contudo, para além de uma atuação centrada na figura do juiz, a constitucionalização do processo abre margem para a adoção de uma dimensão cooperativa entre os sujeitos processuais.⁴⁰

O procedimento empregado na hipótese de ações que cuidam da tutela dos direitos individuais homogêneos é aquele que possui pedido que beneficie, sem distinção, os titulares individuais dos direitos.⁴¹ Na fase de conhecimento, portanto, as particularidades de cada caso são desconsideradas, de modo que as nuances individuais somente serão examinadas na fase de execução do processo, em caso de procedência da ação.

³⁹ SANTIAGO, Allan Felipe Brito; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. A recuperação fluida (*fluid recovery*) versus a reparação integral coletiva do dano causado a indivíduos: contributo processual do estatuto da igualdade racial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**, Belo Horizonte, ano 27, n. 107, p. 19-51, jul. 2019.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, L.C.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 30-31.

⁴¹ SANTIAGO, Allan Felipe Brito; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. A recuperação fluida (*fluid recovery*) versus a reparação integral coletiva do dano causado a indivíduos: contributo processual do estatuto da igualdade racial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**, Belo Horizonte, ano 27, n. 107, p. 19-51, jul. 2019.

Contudo, conforme já detalhado no Capítulo 1 do presente artigo, quando se fala em execuções judiciais pecuniárias, existem diversas hipóteses em que a parte ré é condenada a pagar determinada quantia e, em razão da ausência de habilitados a receber o valor individual, o montante não é pago integralmente. Entende-se, neste caso, que não teria havido reparação integral do dano causado.

É partindo deste princípio que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 100, traz que, ainda que não haja liquidação e execução da totalidade do montante por parte dos titulares dos direitos individuais homogêneos, a reparação integral deverá ser efetivada. Neste caso, a resposta que a legislação processual se socorre é através da reversão do montante residual ao Fundo de Direitos Difusos, fundo administrativo, desvinculado do Poder Judiciário.

Necessário destacar, neste caso, que essa resposta representa tão somente uma escolha institucional, ou seja, representa apenas uma das possíveis respostas ao problema.

Essa escolha, contudo, deve considerar a natureza sensível dos direitos coletivos. Com efeito, quando se fala em proteção à coletividade, é preciso questionar a efetividade das condenações pecuniárias. Ainda que muitas vezes represente a única forma de compensação diante da lesão do direito e, de outro lado, possa eventualmente cumprir o papel de punição ao causador do dano, a efetiva recuperação do bem deve ser sempre o objetivo precípua da tutela de direitos coletivos.

Uma medida compensatória, consistente em substituição por equivalente em valor pecuniário, não cumpre a função de reconstituir a característica coletiva do bem. Constata-se não interessar remédios judiciais de simples compensação. Medidas desse teor transformam em dinheiro valores sociais de natureza diversa, que não encontram correspondência nos parâmetros de mercado. Para cumprir sua função nessa esfera, os mecanismos processuais devem ser compreendidos e aplicados de maneira a conduzir à adoção de soluções capazes de impor condutas, de maneira a evitar o dano ou a reconstituir o bem lesado.⁴²

Isso não significa dizer que a avaliação econômica de direitos coletivos seja inaplicável em procedimentos jurídicos destinados à reparação integral do dano, mas demonstra que essa avaliação só deve ter lugar quando não for possível o emprego das formas de reparação *in natura* e, de outro lado, que os mecanismos utilizados nesta forma de compensação devem ser devidamente ponderados de modo a extrair a maior efetividade de direitos possível.

⁴² MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental brasileiro**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 327.

Nesse sentido, é sobre a opção institucional brasileira pela reparação fluida, portanto, que se discorre no seguinte tópico.

4.2 POTENCIALIDADES E DESAFIOS DO SISTEMA DA *FLUID RECOVERY* NO BRASIL: A DESTINAÇÃO DO MONTANTE RESIDUAL PARA OS FUNDOS ADMINISTRATIVOS

A partir de todas as reflexões realizadas até aqui, podemos concluir que o direcionamento dos montantes residuais a um fundo administrativo é uma escolha institucional. E como escolha, ela representa resposta a um problema. O problema, neste caso, deriva do questionamento sobre qual seria o meio adequado para efetivar a tutela integral dos direitos coletivos.

Em teoria, parece uma resposta adequada a hipótese de que, caso a condenação, que foi pecuniária, não poder ser revertida aos próprios lesados de forma direta, seja ela revertida de forma indireta a esta mesma classe, a partir de um fundo responsável pela *recuperação de bens, pela promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.*

Contudo, questiona-se se de fato a teoria vem se aliando à prática, de modo que o Fundo de Defesa de Direitos Difusos esteja de fato promovendo a recuperação dos bens lesados. Vejamos.

Conforme visto, apesar da previsão legal do FDD derivar da Lei de Ação Civil Pública, de 1985, sua regulamentação e efetiva utilização só ocorreu a partir de 1994, com a edição do Decreto 1.306.

Em estudo realizado por Homma, foram identificados alguns problemas na utilização de um fundo administrativo como responsável pela destinação do montante residual. Um deles possui cunho econômico e diz respeito a sujeição do Fundo à lei orçamentária, uma vez que bastaria uma decisão política de não conceder créditos orçamentários ao fundo para que a

aplicação de seus recursos fosse impedida.⁴³ Em mesmo sentido, pesquisa realizada por Arthur Badin demonstrou que dentre os anos de 2000 e 2007 os créditos orçamentários foram significativamente inferiores aos valores arrecadados.⁴⁴

Outro problema verificado encontra-se justamente no modo de aplicação dos valores arrecadados. Conforme visto, a legislação prevê que essa aplicação deverá estar relacionada “com a natureza da infração ou de dano causado”⁴⁵ e que os recursos serão “prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível”⁴⁶. Contudo, quando se analisa a aplicação dos valores, percebe-se uma evidente discrepância entre a origem do montante e seu destino.

De acordo com o professor Elton Venturi, os valores objeto da reversão devem se voltar em proveito dos sujeitos lesionados, especificamente visando a satisfazer seus interesses comuns.⁴⁷ 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.⁴⁸

Contudo, em estudo realizado por Albano Francisco Schmidt, demonstrou-se que não obstante os pulsantes clamores sociais e científicos com relação à proteção do meio ambiente, a arrecadação do FDD com relação a multas e indenizações provenientes de processos ligados ao tema representou tão somente o percentual de 2,20% entre os anos de 2005-2014. Já em relação às multas e indenizações ligadas ao direito do consumidor, houve arrecadação de aproximadamente 2,48% entre 2005-2014, demonstrando uma evidente desconexão com a realidade do judiciário brasileiro, povoado por milhões de ações de cunho consumerista.

De outro lado, a análise realizada por Edilson Vitorelli e Matheus Rodrigues Oliveira demonstrou que entre 2013-2017 a média de arrecadação do FDD superou R\$ 400 milhões anuais, sendo que, a título de exemplo, o município de João del-Rei (MG), com 84 mil habitantes, teve, em 2016, receita total de R\$ 205 milhões para gerir toda a máquina pública e

⁴³ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos*. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba (PR), 2017, p. 93. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46065>. Acesso em: 09 fev. 2021.

⁴⁴ BADIN, Arthur. O fundo de defesa de direitos difusos. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 17, n. 67, p. 62-99, 2008.

⁴⁵ Redação dada pelo art. 7, caput, do Decreto nº 1.306/94.

⁴⁶ Redação dada pelo art. 7, parágrafo único, do Decreto nº 1.306/94.

⁴⁷ VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 158.

⁴⁸ HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos*. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba (PR), 2017, p. 95. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46065>. Acesso em: 09 fev. 2021.

os serviços prestados à população.⁴⁹ Em relação ao ano de 2020, dados obtidos através do sítio eletrônico do Ministério da Justiça indicam que a arrecadação equivaleu a R\$ 436.557.457.⁵⁰

O estudo realizado por Vitorelli e Rodrigues explica ainda que a distorção que se verifica entre a arrecadação e a aplicação de recursos do fundo se justifica pelo fato de que o FDD não possui conta bancária própria, sendo que seus recursos são aplicados em conta única do Tesouro Nacional. Deste modo, a União, enquanto ente federativo responsável pela gestão do FDD, em vez de aplicar os recursos nele depositados em projetos e ações de defesa de direitos e interesses transindividuais, passou a utilizar-se do Fundo como mecanismo de arrecadação ordinária.⁵¹

No caso da utilização do montante 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, verifica-se ainda a problemática no processo de seleção de propostas que, apesar de possuir uma estrutura definida e objetiva, dá margem para a discricionariedade do administrador.

Estas propostas tem crescido com o decorrer dos anos e, no ano de 2014, atingiram o número de 526 propostas de trabalho/cartas-consulta para seleção dos projetos. Contudo, ainda que tenha havido evidente crescimento de receitas, os dados disponibilizados pelo Ministério da Justiça apontam que o número de projetos apoiados tem sofrido redução, estando em descompasso com a arrecadação do FDD.

Destaca-se, ainda, que mesmo apoiados, os projetos aprovados não disponibilizam relatórios públicos que detalhem sua atuação, de modo que não há como saber se de fato os valores foram gastos em prol da recuperação dos direitos do polo ativo da ação que originou os recursos.

Estas são apenas algumas das problemáticas. Uma das possibilidades que se tem, contudo, é o de uma destinação realizada pelo próprio Poder Judiciário, como é realizado nos Estados Unidos. Este é o tema a ser melhor detalhado no próximo tópico.

⁴⁹ VITORELLI, Edilson; OLIVEIRA, Matheus Rodrigues. O Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos e o desvio de finalidade na aplicação de seus recursos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 221-250, dez. 2019, p. 235.

⁵⁰ Disponível em <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/arrecadacao-1>>. Acesso em: 9 fev. 2021.

⁵¹ VITORELLI, Edilson; OLIVEIRA, Matheus Rodrigues. O Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos e o desvio de finalidade na aplicação de seus recursos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 221-250, dez. 2019, p. 236.

4.3 PERSPECTIVAS QUANTO À DESTINAÇÃO DO MONTANTE RESIDUAL PELO PODER JUDICIÁRIO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DOS *TRUSTS* DE CARIDADE

Conforme anteriormente exposto, o sistema jurídico norte americano adota como modelo a destinação do montante residual realizada pelo próprio Poder Judiciário. Contudo, essa escolha institucional não pode ser examinada de forma dissociada de seu contexto. A forma adotada para a resolução de disputas dialoga tanto com o contexto estatal quanto com o caldo social em que está inserida.⁵²

Deste modo, a análise de uma eventual importação deste modelo ao Brasil não pode consistir em uma importação acrítica de uma ferramenta de direito comparado. Com efeito, entendendo que cultura e processo se colocam em constante sincronia, analisa-se, em um primeiro momento, a origem dessa escolha institucional a partir de uma perspectiva cultural.⁵³

Sabe-se que o instituto da *cy pres* americana possui origem nos chamados *trusts* de caridade (*charitable trusts*). Deste modo, a *cy pres* é utilizada quando um instituidor ou testador firma um *trust* para determinado propósito filantrópico e, por algum motivo, sua intenção inicial deixa de ser possível de ser executada. As razões pelas quais essa impossibilidade pode ocorrer são variadas e podem se tratar da inviabilidade, da ilegalidade ou da impraticabilidade da vontade do testador ou instituidor.

Nesse sentido, a fim de que a vontade do instituidor ou do testador seja efetivada, ainda que de forma diversa de sua intenção inicial, permite-se que as Cortes direcionem a aplicação da propriedade cedida como *trust* para algum propósito que se insira dentro do âmbito da intenção de caridade geral do instituidor, a fim de que a transferência seja “o mais próximo do possível” do propósito original.

No contexto da *cy pres* do processo coletivo, o montante é deixado em forma de *trust* que visa beneficiar a classe inteira, geralmente direcionando a uma instituição de caridade correlacionada com a causa da *class action*. Deste modo, assim como no contexto dos *trusts* de caridade havia uma discricionariedade por parte do Poder Judiciário na escolha da destinação da propriedade doada - que deveria, no entanto, ser limitada pela vontade geral do

⁵² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 55.

⁵³ OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade**: análise crítica da teoria processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

instituidor ou do testador -, também se verifica no contexto da aplicação da *cy pres* nas *class actions* um papel político do magistrado na escolha da nova destinação do montante residual.

Nesse sentido, ao realizar uma análise a respeito da *cy pres* no contexto dos *trusts* de caridade, Scott G. Lien examina o emblemático caso *Jackson vs. Phillips*, decidido em 1867 e que tem como questão central os *trusts* de caridade deixados por Francis Jackson.⁵⁴

Os *trusts* deixados por Jackson destinavam-se à coletividade e visavam promover a luta contra a escravidão e o sufrágio feminino. Três foram os “presentes” escolhidos por ele: a criação de um fundo permanente para a criação do que ele chamou de “organização permanente” destinada à preparação e circulação de livros, jornais, apresentação de discursos, palestras e outros meios que criassem um sentimento público que colocaria fim à escravidão naquele país; a doação de \$2,000 para auxiliar escravos fugitivos e a doação de \$5,000 para estabelecer um conselho permanente com o intuito de assegurar a aprovação de leis que garantissem às mulheres o direito ao voto, à propriedade e aos demais direitos civis desfrutados por homens, bem como de preparação e circulação de livros, apresentação de discursos, entre outros, a fim de realizar mudanças legais e/ou constitucionais.⁵⁵

Nestes termos, as doações de Jackson se destinavam a realizar mudanças na estrutura de poder prevalecente. Havia caridade em suas ações, mas caridade com propósitos. Doações filantrópicas para fundar instituições que promovessem mudanças sociais era seu objetivo. A questão central na análise deste caso é examinar de que maneira o sistema judiciário de Massachusetts recebeu o *trust* de caridade realizado por Jackson, dada sua natureza bastante politizada.

Em primeiro lugar, o estudo de Scott G. Lien demonstrou que a teoria típica de controle dos legados de caridade estava intimamente ligada às intenções do doador, concepção inculpada na lógica do “laissez-faire”. De outro lado, elucidou que os legados de caridade visavam promover objetivos de políticas públicas. Aqui, é importante destacar que a liberdade para realizar as doações não era irrestrita. O “*Statute of Charitable Uses*” disciplinava os usos da caridade e regulamentava em quais circunstâncias propriedades poderiam ser dedicadas à caridade.

Deste modo, se é verdade que o Estado tendia a não microgerenciar esses presentes, é igualmente verdade que quando um presente começava a se transformar em algo que não era

⁵⁴ LIEN, Scott G.. “*So Poor as to Not Even Own Themselves*”: Jackson v. Phillips, discourses of charity, and the legal support for liberalism and structural inequality. **Rutgers Race & The Law Review**, Newark, v. 15, n. 15, p. 157-203, 2014.

⁵⁵ LIEN, S. G. *Idem*, p. 161.

considerado legitimamente “caridoso”, ou seja, que possuía intenções políticas ou era destinado a alterar algum tipo de relação de poder na sociedade, o Estado ou a jurisdição frequentemente intercedia no sentido de bloquear estes presentes.

Com efeito, a posição do tribunal no caso de Jackson foi, em parte, que presentes de caridade, especialmente na forma de fideicomisso dado via legado, eram especialmente vulneráveis porque eram presentes destinados a pessoas indeterminadas. Além disso, tomou uma abordagem de que não eram os destinatários que tinham o direito de receber ajuda, mas a sociedade que tinha uma responsabilidade legal de cuidar de problemas sociais específicos.

Lien destaca que essa concepção ligada ao “laissez-faire” e à paternidade estatal possui significativa importância, vez que revela que qualquer disputa legal sobre um legado de caridade, a exemplo do caso de Francis Jackson, não é decidida somente levando-se em conta a vontade do doador, mas baseando-se nas considerações do público em relação às políticas públicas e aspirações sociais. Deste modo, as intenções originais de Jackson só seriam observadas se fossem condizentes com a maneira que os tribunais e legislaturas de Massachusetts definiam caridade e necessidade.

A decisão no caso Jackson demonstra, portanto, que os tribunais e, por extensão, a própria legislação de Massachusetts poderia definir, limitar e até mesmo excluir o que seria possível na sociedade civil através da manutenção do direito de definir a causa de um doador. Naquele contexto, expandir direitos não era uma necessidade que pudesse ser reconhecida. Tanto é assim que o terceiro presente de Jackson, destinado a políticas que facilitassem o sufrágio feminino, foi negado pelo tribunal.

Nessas condições, à luz do caso trazido por Lien, verifica-se que historicamente existe uma evidente resistência do Estado, da sociedade e do próprio Poder Judiciário em adentrar a escala do coletivo e, frente a uma real oportunidade, efetivamente expandir direitos. Ainda que a legislação norte americana permitisse a caridade, permitia-se tão somente até certo limite. Pedidos que pleiteassem a expansão de garantias à coletividade, de modo a retirar o Estado da posição de inércia em relação a alguns direitos sensíveis, eram excluídos.

No caso da reparação fluida no sistema jurídico brasileiro, destaca-se que a legislação determina que o Fundo de Defesa de Direitos Difusos tem por finalidade “*a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a*

outros interesses difusos e coletivos".⁵⁶ Essa recuperação, aos moldes do proposto por Francis Jackson, se daria através de ações que promovessem uma alteração na estrutura social a partir da promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

Contudo, verifica-se que ainda que a criação dos fundos tenha por finalidade realizar uma efetiva prevenção dos danos causados aos direitos individuais homogêneos, impedindo que os causadores do dano sejam estimulados à prática de condutas que lesam a coletividade e provocando a expansão de garantias à coletividade, vê-se, na prática, que tais objetivos não têm sido efetivados, muito por causa de uma má gestão destes mesmos fundos. Deste modo, a despeito dos problemas oriundos do próprio mecanismo de reparação fluida já citados durante o presente trabalho, questiona-se se a maior falha não estaria justamente nas escolhas oriundas do caráter político da destinação destes montantes residuais.

Nesse mesmo sentido, questiona-se em que medida a distribuição do montante para um fundo administrativo pode potencialmente beneficiar os membros da classe se, de fato, não existir um legítimo interesse na alteração da estrutura que permite com que as lesões sejam causadas, na medida que não há fiscalização adequada de como esses recursos são aplicados, e sequer destinação efetiva para projetos relacionados ao dano causado que visem realizar a prevenção de condutas lesivas.

Com efeito, o professor Sérgio Cruz Arenhart assinala a potencialidade que as demandas coletivas possuem para determinar alterações em condutas daqueles que eventualmente são postos no polo passivo desta espécie de demanda. E, uma vez que essas ações discutem um litígio em seu plano total, visando a raiz da questão, isso é, de fato, apenas uma consequência.

Esta potencialidade torna-se ainda mais evidente quando é o próprio Poder Público que se encontra no polo passivo da demanda. Nesse sentido, "haverá corriqueiramente

⁵⁶ Redação dada pelo art. 1º do Decreto nº 1.306/94.

tendência a alterar de modo substancial uma política governamental ou implantar decisões administrativas até então não adotadas”.⁵⁷

Em todos estes casos, percebe-se uma atuação do Poder Judiciário no sentido de participar, de modo mais efetivo, da gestão da coisa pública, influenciando diretamente na adoção e realização de políticas públicas.⁵⁸ Sabe-se que as ações coletivas trabalham, regra geral, com interesses relevantes defendidos por ambos os polos da relação processual. Deste modo, a proteção à saúde frequentemente implicará na lesão do patrimônio público, a proteção do meio ambiente restringirá o direito ao desenvolvimento regional supostamente defendido pelo réu.

É nessas condições, portanto, que o juiz é convidado a interferir em um destes interesses, de modo a beneficiar um em detrimento de outro. Essa interferência sinaliza um aspecto político em sua atuação.

A fluidez dos conceitos que se liga à proteção coletiva – e aos instrumentos a ela ligados, como a noção de proporcionalidade, de interesse público e de bem comum – outorga, em última análise, ao magistrado um poder semelhante àquele desempenhado pelos representantes políticos da sociedade, impondo ao juiz uma nova forma de pensar as questões a ele sujeitas.⁵⁹

Sabendo-se, portanto, do importante potencial de proteção coletiva que a apreciação desta espécie de demanda possui e, de outro lado, do poder que é dado ao Judiciário e à Administração Pública no gerenciamento destes litígios, questiona-se se, de fato, há a intenção, aos moldes do lecionado pelo professor Sérgio Cruz Arenhart, de atingir a raiz da questão.

Essa pergunta leva em consideração todos os elementos retratados no presente artigo acerca do modo como a reparação fluida tem sido executada tanto pelo sistema jurídico norte americano como no sistema jurídico brasileiro. Neste caso, a discricionariedade de uma destinação feita pelo próprio Poder Judiciário no caso brasileiro resolveria o problema se, possivelmente, o problema fosse justamente a falta de intenção em alterar efetivamente a estrutura que permite que direitos coletivos sejam lesados? Há um real interesse do judiciário brasileiro em transformar a ordem social por meio do ativismo judicial ou, assim como nos Estados Unidos no contexto dos *trusts* de caridade, acabaria apenas por reforçar as relações de

⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Custos Legis**: Revista eletrônica do Ministério Público Federal, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 1-20, jan. 2009, p. 1-2.

⁵⁸ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 2.

⁵⁹ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 3.

poder social existentes? Será que a destinação ao FDD não se trata apenas de um meio para criar um sentimento de punição ao réu quando, em verdade, ele é o maior beneficiário deste mecanismo?

Vê-se, portanto, que o presente estudo serve muito mais como uma provocação do que a apresentação de soluções. O objetivo, aqui, é promover uma reflexão, ainda que de forma inicial, que possibilite a criação de mecanismos que privilegiem a eficácia protetiva da lei para que, assim, possa-se trabalhar a favor de um sistema de tutela jurisdicional que promova de forma efetiva a garantia dos direitos coletivos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira, à exemplo do que ocorreu nos países ingleses e nos Estados Unidos, previu a possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais e homogêneos através de um sistema integrado de norma materiais e processuais coletivas. Contudo, a complexidade da matéria envolvida exige do Estado não apenas a aplicação de um modelo responsivo e repressivo, mas gera a necessidade de implementação de técnicas resolutivas e participativas.

No campo da execução, a tutela dos direitos coletivos deve ser orientada pelo dever do Estado-juiz social em não só eleger o meio executivo mais adequado, mas cumulá-lo com outros meios executivos atípicos, se assim entender necessário, para a efetivação da norma jurídica concreta.⁶⁰

É nestes termos, portanto, que surge a figura da reparação fluida, que tem por finalidade a efetivação de um dos princípios do direito coletivo, isto é, a tutela integral do dano. É partindo deste pressuposto, portanto, que se deve realizar a análise acerca da efetividade deste mecanismo no contexto brasileiro e, mais que isso, examinar a possibilidade de adoção de um novo modelo.

Da análise do mecanismo utilizado no contexto brasileiro, verificou-se uma série de problemáticas que acabam dificultando sua efetividade. De outro lado, através da análise do uso da receita recebida pelo Fundo de Defesa de Direitos Difusos, percebe-se uma evasão da finalidade precípua de sua criação, ou seja, a tutela mais próxima do possível da reparação direta do direito.

Nessas condições, parte da doutrina tem questionado a possibilidade de adoção de formas alternativas de destinação do montante residual originário das execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos. Uma das sugestões seria a destinação realizada pelo próprio Poder Judiciário, assim como realizado pelo sistema jurídico norte americano.

Contudo, entende-se que para realizar uma análise efetiva acerca desta possibilidade, é necessário não apenas uma importação acrítica do modelo adotado pelos Estados Unidos, mas um exame de como o mecanismo foi implementado naquela cultura jurídica, analisando, inclusive, as problemáticas oriundas desta opção institucional.

⁶⁰ SANTIAGO, Allan Felipe Brito; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. A recuperação fluida (*fluid recovery*) versus a reparação integral coletiva do dano causado a indivíduos: contributo processual do estatuto da igualdade racial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**, Belo Horizonte, ano 27, n. 107, p. 19-51, jul. 2019, p.48.

Nestes termos, a partir do exame da postura dos tribunais no contexto original de utilização da doutrina *cy pres*, isto é, dos *trusts* de caridade, observou-se um Estado muito mais preocupado em promover uma vigilância sobre o que poderia ou não ser considerado “caridade” ou “caridoso” do que efetivamente implementar políticas que promoveriam uma alteração na estrutura social no sentido de reconhecer e tutelar direitos sensíveis à coletividade.

Deste modo, ante a evidente ineficiência do FDD, questiona-se se a implementação deste mecanismo possui, de fato, a finalidade de promover a reparação integral do dano, implementando medidas que efetivamente antecedam fatos lesivos e atinjam a raiz da questão, ou apenas serve como meio de manutenção de uma estrutura jurídica e social ineficientes, contribuindo por perpetuar as causas das lesões aos direitos coletivos.

Que a reparação fluida como válvula de escape no sistema jurídico de tutela coletiva possui gigantesco potencial como forma de efetivação de direitos é inegável. Contudo, é necessário observar se os mecanismos utilizados e a forma com que têm sido manejados concretizam de forma efetiva a intenção expressada pelo legislador para que, assim, possa-se trabalhar a favor de um sistema de tutela jurisdicional que promova de forma efetiva a garantia dos direitos coletivos.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Custos Legis**: Revista eletrônica do Ministério Público Federal, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 1-20, jan. 2009.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADIN, Arthur. O fundo de defesa de direitos difusos. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 17, n. 67, p. 62-99, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, L.C.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R.A. **Curso de Direito Processual Civil**: Execução. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DURAND, Anna L. An Economic Analysis of Fluid Class Recovery Mechanisms. **Stanford Law Review**, [s. l], v. 34, p. 173-201, nov. 1981.
- HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a *fluid recovery*, a *cy pres* e os fundos**. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba (PR), 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46065>. Acesso em: 09 fev. 2021.
- 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.
- LIEN, Scott G.. “So Poor as to Not Even Own Themselves”: Jackson v. Phillips, discourses of charity, and the legal support for liberalism and structural inequality. **Rutgers Race & The Law Review**, Newark, v. 15, n. 15, p. 157-203, 2014.
- MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental brasileiro**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MENDES, Carolina Paes de Castro. As *class actions* e as últimas mudanças na regra 23 do estatuto processual federal norte-americano.

REDP – Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, p. 781-824, dez. 2020.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

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

OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade**: análise crítica da teoria processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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.

ROQUE, Andre Vasconcelos. As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde vamos?. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 12, p. 36-65, jul. 2013.

SADEK, Maria Tereza. “**Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política**”. In.: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2011.

SANTIAGO, Állan Felipe Brito; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. A recuperação fluida (fluid recovery) versus a reparação integral coletiva do dano causado a indivíduos: contributo processual do estatuto da igualdade racial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**, Belo Horizonte, ano 27, n. 107, p. 19-51, jul. 2019.

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**, Marília, v. 15, n. 15, p. 201-226, jan. 2014.

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.

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

VITORELLI, Edilson; OLIVEIRA, Matheus Rodrigues. O Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos e o desvio de finalidade na aplicação de seus recursos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 221-250, dez. 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.