

**Processo nº: 5008138-68.2017.403.6105**

**Autor: Ministério Público Federal**

**RÉU: União Federal – AGU**

Vistos.

Trata-se de Ação Civil Pública interposta pelo **Ministério Público Federal** (MPF) contra a **União**, que tem como objeto a obtenção de provimento judicial contra o contingenciamento ilegal e aplicação indevida das verbas vinculadas ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD).

A presente ação se origina das conclusões obtidas pelo *parquet* federal nos autos do Inquérito Civil Público n. 1.34.004.000625/2015-92, instaurado de ofício pela Portaria n. 58, de 3 de junho de 2015, e tramitado perante o 5º Ofício da Procuradoria da República em Campinas.

Aduz o MPF na petição inicial, que o FDD foi criado pela Lei da Ação Civil Pública - LACP (Lei n. 7.347/1985) e que depois de uma sucessão legislativa, houve a edição da Lei n. 9.008/1995 que regulamentou o Fundo. Afirma o autor, que a União não tem dado a destinação legal aos recursos, na forma do art. 1º, § 3º desta lei, que prevê que “os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do

dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas”.

Portanto, esclarece o MPF que os recursos do FDD devem ser direcionados a tais finalidades, não podendo a sua aplicação ficar à mercê da discricionariedade da Administração, ou ainda a sua utilização autorizada para formação de reserva de contingência, como tem ocorrido desde a sua criação.

Assim, o órgão ministerial pede a **concessão de tutela de urgência**, após a oitiva do representante judicial da **UNIÃO**, nos termos dos artigos 300 e seguintes do Código de Processo Civil, cumulado com o art. 12 da Lei n. 7.347/1985, para determinar à **UNIÃO**:

a) obrigação de fazer, no sentido de que, doravante e até o trânsito em julgado da sentença prolatada nesta Ação Civil Pública, passe a apresentar, na proposta de Lei Orçamentária anual, disposição no sentido de destinar a integralidade dos recursos do Fundo de Defesa de Direitos Difusos aos fins a que foram arrecadados, quais sejam, a reparação de direitos transindividuais lesados, na forma das normas de regência, o que se aplica já na proposta orçamentária para o exercício de 2019, a ser apresentada pela UNIÃO, por meio do Governo Federal, no ano de 2018;

b) obrigação de não fazer, no sentido de não promover novos contingenciamentos dos recursos do FDD, de modo que todos os valores arrecadados pelo Fundo sejam orçados e disponibilizados para aplicação no exercício subsequente ao que foram arrecadados;

c) obrigação de fazer no sentido de criar conta corrente específica para segregar financeiramente os recursos destinados ao FDD, de modo a impedir que eles continuem compondo reserva financeira da UNIÃO e passem a atender a finalidade para a qual se destinam.

Ao final, o órgão ministerial pede a confirmação dos pedidos de urgência, acrescentando que seja reconhecida, como matéria prejudicial à análise do mérito, a existência de precedente obrigatório do STF aplicável à espécie, na forma do art. 927, I, do

Código de Processo Civil de 2015, ante a decisão proferida na medida cautelar em ADPF n. 347/DF e também pleiteia a obrigação de fazer no sentido de apresentar e implementar cronograma de aplicação dos recursos financeiros que compõem o saldo contábil do FDD, ou seja, que não foram aplicados nos anos anteriores, para que sejam utilizados em prazo não superior a 5 (cinco) anos, a contar do trânsito em julgado da decisão.

**A União contestou o processo (ID 4786097),** rebatendo os argumentos do autor, no sentido de que os recursos do FDD, a despeito de vinculados, não são de empenho obrigatório, de maneira que não existe obrigatoriedade de execução de eventual dotação constante na Lei Orçamentária.

Diz, ainda, a ré que por se tratar de um fundo público, as receitas legalmente vinculadas ao FDD são classificadas como receitas orçamentárias, pertencentes ao Estado, com trânsito pelo patrimônio do Poder Público e, por força do princípio orçamentário da universalidade, estão previstas na Lei Orçamentária Anual. Destarte, para a União, o FDD está sujeito às regras impostas pela Lei do Plano Plurianual - PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, Lei Orçamentária Anual - LOA e pela Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), de 04/05/2000.

Em relação a esta última lei (LC 101/00), esclarece a ré que o seu art. 9º visa resguardar o cumprimento das metas orçamentárias, pela redução do gasto que puder ser evitado ou da limitação da assunção de compromissos que possam desvirtuar a meta, e que apesar de o §2º da lei em referência estipular que “não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente”, é necessária a edição de outra lei, que determine o empenho de tais despesas.

Por tais razões, defende a União que é absolutamente inconstitucional pretender obrigar o Poder Executivo e Legislativo a eleger as suas prioridades de gestão, por ofensa à separação dos Poderes (art. 2º, CF/88), já que se trata de atividade eminentemente político-administrativa, cabendo ao Presidente da República decidir quais despesas deverão ser objeto de contingenciamento.

Ressalta, ainda, a União que, além dos conceitos e normas infraconstitucionais já referidas, os pedidos da exordial têm óbices na Emenda Constitucional nº 95/2016, a qual instituiu um Novo Regime Fiscal, que visa possibilitar o reequilíbrio das contas públicas no cenário de restrição fiscal e de sucessivos déficits primários.

Na petição ID 5191379, o autor veio a reiterar a imprescindibilidade do deferimento do pedido de tutela de urgência, pois conforme documento que apresenta nos autos (Minuta de Memorando n.5874319/2018/CGOF/SPO/SE, assinado eletronicamente pelo Coordenador-Geral de Orçamento e Finanças do Ministério da Justiça, David de Lima Freitas), o orçamento disponibilizado ao FDD para o ano corrente de 2018 foi de apenas R\$ 3.400.000,00 (três milhões e quatrocentos mil reais), valor muito inferior à arrecadação do Fundo no ano de 2017.

Após, veio aos autos nova petição do autor (ID 7688652), onde se reiterou o pedido de tutela provisória e foi apresentado um novo documento da Subsecretaria de Planejamento e Orçamento do Ministério da Justiça (memorando-Circular 21/2018/SPO/SE, datado de 11 de abril de 2018), informando que o Decreto 9.276/2018 realizou **novo contingenciamento** das verbas destinadas ao Ministério da Justiça

e que o FDD foi atingido na mesma proporção que todos os demais órgãos do Ministério, tendo sido feito um novo corte linear de 6% das dotações orçamentárias originais (que, no caso do FDD, já eram irrisórias), sem levar em conta qualquer peculiaridade relacionada ao fato evidente de que os recursos do FDD não se originam da arrecadação fiscal ordinária da União, mas sim das lesões sofridas pela sociedade, de forma que caso não seja deferida a liminar, tal como pleiteada, o FDD continuará sendo tratado como se seus recursos fossem de livre disposição da União.

Foi determinada a realização de audiência de tentativa de conciliação (ID 5205956), o que foi providenciado, tendo restado infrutífera o ato (termo ID 7017174).

O MPF informou (ID 5357091) que apresentaria o recurso de agravo de instrumento, na forma do art. 1.018 do mesmo Código, por ter sido postergada a análise da medida de urgência.

O MPF apresentou nova manifestação nos autos (ID 9166159), pleiteando novamente a apreciação da medida de urgência, devendo-se considerar que há elevado risco de perda do objeto de eventual medida *in limine litis* que se espera deferida, vez que o Governo Federal deve apresentar a sua Lei Orçamentária Anual ao Congresso Nacional até o dia 31 de agosto de 2018.

Por fim, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC requereu a sua admissão ao presente feito na qualidade de *amicus curiae*, nos termos do artigo 138 do Código de Processo Civil (ID 9246733).

**Vieram os autos conclusos.**

**É o relatório. Decido:**

Como é cediço, nos termos do art. 300 do CPC, “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que

evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Assiste razão ao órgão ministerial em sua pretensão.

Na espécie, **a probabilidade do direito alegado é extraída dos elementos legais mencionados pelo MPF no processo.**

Com efeito, o Fundo dos Direitos Difusos (FDD) foi originalmente criado pela Lei n. 7.347/1985 (LACP), para subsidiar projetos ligados aos objetivos da lei, ou seja, os direitos ou interesses transindividuais tutelados pela Ação Civil Pública, “sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados” (art. 13).

Como se sabe, o sistema da Ação Civil Pública é formado pelo conjunto de algumas leis, merecendo destaque dentre elas, a LACP e o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Este último diploma normativo diz que são “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” (art, 81, § único, I).

Tratam-se, então, de direitos considerados em uma dimensão coletiva (direitos com titulares coletivos), nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, sendo considerados indivisíveis em relação a seu objeto, já que a lesão a eles atinge a toda a comunidade, como se dá no caso de danos ambientais, ao patrimônio cultural, ao mercado consumidor, ordem econômica etc., conforme o art. 1º da LACP.

Voltando ao FDD, temos que para assegurar tais direitos é que a LACP determinou a criação do Fundo, o que, como bem observa o MPF, foi providenciado pelo Poder Público com

atraso em relação à determinação legal (da própria LACP, de 1985) para criação em 90 dias. Assim, somente por meio do Decreto n. 96.617, de 31 de agosto de 1988 é que foi editado um ato normativo que estabelecia a forma de composição do Conselho Gestor do Fundo.

Em linha evolutiva, o decreto supramencionado foi substituído pelo Decreto n. 407, de 27 de dezembro de 1991, que fora editado após a promulgação e vigência do Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei n. 8.078/1990). Este decreto incorporou a nomenclatura adotada pelo art. 81 do CDC no que se refere ao Fundo, denominando-o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD). Entretanto, não houve qualquer substancial alteração na forma de gestão do Fundo, que continuou subordinado ao Governo Federal, como órgão integrante da estrutura organizacional do Ministério da Justiça (art. 12).

Na sequência, em 1995, o disciplinamento do FDD passou a ser feito por lei, quando foi promulgada a Lei 9.008/95 (fruto da conversão da Medida Provisória n. 913, de 24 de fevereiro de 1995).

E conforme esta lei (atualmente em vigor), o FDD “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” (Art. 1º, § 1º da Lei nº 9.008/95).

Em resumo, quando existirem lesões a bens jurídicos coletivos (da sociedade) que foram objeto de reparação civil, na forma da lei, os valores arrecadados devem reverter à sociedade. A própria lei do FDD (Lei n. 9.008/1995) não deixa dúvida sobre isso:

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

Saliente-se, como afirma o MPF, que não existe qualquer hipótese de caracterização das receitas do FDD como tributos, a comporem o orçamento primário da UNIÃO, fato que também não é contestado pela União.

Sobre a vinculação dos recursos do FDD às finalidades legais específicas também não há controvérsia. A União não nega tal característica das verbas do Fundo em sua contestação, apesar de mencionar que não tem obrigação de empenhar tais verbas no orçamento, com base no art. 9º, §2º da LC 101/00.

**Não há como concordar com os argumentos da União de que os recursos do FDD não são de empenho obrigatório**, em razão da previsão do art. 9º, §2º da LC 101/00. Este dispositivo legal prevê que:

[...] não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias (art. 9º, §2º da LC 101/00).

**Ao que parece, o dispositivo legal supramencionado não autoriza a interpretação de que os recursos legalmente vinculados a um fundo público dependem de determinação de dotação, porque não são de empenho obrigatório.**



Assim, não há sustentação legal para a afirmação da União de que “a existência dos fundos públicos se justifica precisamente pela intenção de segregar recursos para o alcance de determinados objetivos, o que não significa que a execução financeira dos recursos dos fundos públicos seja sempre obrigatória. Pode ser ou não, a depender da decisão do legislador em estabelecer tal obrigatoriedade na lei de criação do fundo”.

**Destarte, a insistente prática da União quanto à não obrigatoriedade de empenho das verbas no FDD no orçamento não pode merecer respaldo do Poder Judiciário.**

Outrossim, **o óbice existente na Lei de Responsabilidade Fiscal (artigo 9º, § 2º LC 101/2000) apontado pela União para a não destinação das verbas (desnecessidade de empenho no orçamento) não foi confirmado pela Suprema Corte na ADPF 347 MC/DF**, que em controle concentrado julgou, entre outros pontos, questão análoga à presente na figura de outro Fundo, o Fundo Penitenciário – FUNPEM. E na análise da questão, considerou-se que:

No mais, é de todo duvidosa a possibilidade de limitar despesas dessa natureza ante o disposto no § 2º do artigo 9º da Lei Complementar nº 101, de 2000:

[...]

A cabeça do dispositivo trata da situação em que o Governo deixa de executar, parcialmente, o orçamento, vindo a contingenciar os valores ordenados a despesas, ao passo que, no § 2º, consta exceção consideradas obrigações decorrentes de comandos legais e constitucionais. **Tratando o Funpen de recursos com destinação legal específica, é inafastável a circunstância de não poderem ser utilizados para satisfazer exigências de contingenciamento:** atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos (artigo 5º, inciso III, alínea “b”, da Lei Complementar nº

101, de 2000) (Trecho do voto do Min. Relator Marco Aurélio) (destaquei).

Ou seja, o que tem aqui é uma previsão orçamentária de um determinado valor, que, não havendo a arrecadação compatível, tem que ser contingenciado, por força da lei. O que está sendo pedido é que não haja esse contingenciamento em relação à verba do FUNPEN. Quer dizer, se não houver dinheiro para cobrir orçamento, que não se corte verba desse fundo.

Essa me parece uma medida razoável, nas circunstâncias, embora, como ficou dito da tribuna, aparentemente, o problema não esteja propriamente no contingenciamento, mas na falta de projetos. Não adianta liberar os recursos orçamentariamente, se não há como aplicá-lo por falta de projetos. Mas eu concordo que se trata de uma medida adequada nas circunstâncias. (Trecho do Min. Teori Zavaski)

**O descontingenciamento é muito importante, porque acabamos de decidir que o Ministério, mediante ações civis públicas, pode, evidentemente desde que o Judiciário assim o determine, obrigar o Estado a fazer reformas.**

(...)

Na medida em que nós liberamos essa verba, vamos viabilizar exatamente aquela decisão anterior, porque o Ministério Público, sabendo que tem verbas disponíveis, que não estão contingenciadas, pode pedir ao juiz que se faça determinadas obras de caráter emergencial.

**Essa é uma medida, data venia, talvez das mais importantes, e o Ministro-Relator Marco Aurélio teve muito sensibilidade em deferir esta cautelar**, porque esse é o ponto nodal; ou seja, a falta de recursos impede que o sistema avance em melhorias que todos desejamos (Trecho do voto do Min. Lewandowski).

Então, no que se refere à impossibilidade de contingenciamento das verbas do FUNPEM, este julgamento unânime do STF considerou pela impossibilidade contingenciamento do Fundo e determinou ao final:

à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Portanto, por expressar questão análoga à presente, este precedente do STF, ainda que julgado em medida cautelar, deve servir como fundamento para a impossibilidade de contingenciamento de recursos do FDD.

Compensa agora verificar **sobre os valores que compõem o FDD e o quanto tem sido realmente direcionado ao cumprimento das suas finalidades pela União.**

Segundo o próprio presidente do FDD, os valores arrecadados pelo Fundo teriam sido os seguintes:

<b>Ano</b>	<b>Valor arrecadado (R\$)</b>
2011	41.462.227,35
2012	57.012.619,56
2013	120.228.753,13
2014	192.354.824,49
2015	563.326.342,06
2016	775.034.487,75
<b>Total</b>	<b>1.749.479.254,00</b>

Assim, em números aproximados, o montante arrecadado pelo FDD entre 2011 e 2016 é de R\$ 1.750.000.000,00 (um bilhão, setecentos e cinquenta milhões de reais).

Entretanto, ainda que o Fundo arrecade valores expressivos – os quais, reitera-se, não provêm de arrecadação ordinária do governo, mas da lesão a bens jurídicos coletivos – a Lei Orçamentária Anual não destina, no ano subsequente, valor

equivalente ao arrecadado no ano anterior. Confira-se a tabela seguinte:

Ano	Valor arrecadado (R\$)	Valor executado (R\$)	Razão: arrecadado x executado
2011	41.462.227,35	8.942.943,00	21,50%
2012	57.012.619,56	5.566.325,00	9,70%
2013	120.228.753,13	3.640.749,00	3,00%
2014	192.354.824,49	6.321.472,00	3,28%
2015	563.326.342,06	3.845.637,00	0,68%
2016	775.034.487,75	3.845.806,00	0,38%

Vale relembrar, como já mencionado no relatório, que na mesma linha do que vem ocorrendo nos anos anteriores, o orçamento disponibilizado ao FDD para o ano corrente de 2018 foi de apenas R\$ 3.400.000,00 (três milhões e quatrocentos mil reais), valor muito inferior à arrecadação do Fundo no ano de 2017. Isto significa dizer que dos cerca de R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais) arrecadados pelo FDD em 2017, apenas uma quantia inferior a 0,5% (meio por cento) será efetivamente disponibilizada aos fins da arrecadação no corrente exercício financeiro.

Então, não há dúvida de que **ao contrário da legislação em vigor, e a despeito da alta soma de dinheiro que compõe o FDD, a União sistematicamente vem realizando o empenho das verbas do Fundo com valores irrisórios, dificultando ou impossibilitando o cumprimento da finalidade para a qual o FDD foi criado**, que é a reparação de danos à sociedade em razão dos danos a ela ocasionados.

Este modo de agir da União faz que todo o trabalho realizado pelo Ministério Público Federal, pelos Ministérios Públicos

Estaduais e demais órgãos que atuam no sistema dos direitos difusos fiquem assim voltados para intuitos arrecadatários do Estado, tornando-os algo semelhante às procuradorias fiscais que atuam na cobrança de tributos, apequenando por demais as nobres funções constitucionais do Ministério Público.

**O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo também está presente**, não havendo tempo útil para se aguardar uma análise mais detida por ocasião da sentença, pois o Governo Federal deve apresentar a sua Lei Orçamentária Anual ao Congresso Nacional até o dia 31 de agosto de 2018.

E a comprovar ainda mais a necessidade de concessão da medida de urgência, o Ministério Público Federal anexou ao processo o memorando-Circular 21/2018/SPO/SE, datado de 11 de abril de 2018 (ID 7699155) onde a Subsecretaria de Planejamento e Orçamento do Ministério da Justiça realizou novo contingenciamento das verbas, com um novo corte linear de 6% das dotações orçamentárias originais.

Uma outra questão que deve ser salientada é que, ao contrário do que defende a União, o atendimento aos pedidos do MPF nesta ação, **não transfere para o Judiciário a decisão política do Poder Legislativo e do Executivo** acerca de qual verba prestigiar quando da aprovação da Lei Orçamentária.

Ressalte-se que **alguns dos direitos violados no âmbito dos direitos difusos, e que pela ótica legal merecem recomposição, são direitos fundamentais, direitos humanos, ligados a um mínimo existencial**, em relação aos quais o Estado não pode tergiversar. Dentro deste raciocínio não cabe à União dar ou não efetividade a tais tipos de direitos, especialmente quando dentre eles existem aqueles ligados ao mencionado mínimo

existencial, núcleo intangível do princípio da dignidade humana, que está amplamente sujeito à fiscalização judicial.

Não existem aqui, por parte da União, razões de conveniência e oportunidade que compõem o mérito ou a discricionariedade do ato administrativo, mas ao revés, trata-se de ato vinculado, definido em lei, e que assim deve ser cumprido.

**No presente caso, o que se pede, simplesmente, é o cumprimento da lei**, ou seja, do art. 13 da Lei n. 7.347/1985 (LACP), que determinou a criação do FDD para “a reconstituição dos bens lesados”; da Lei 9.008/95, que diz qual a finalidade do FDD (§ 1º) e diz quais são os recursos que o compõe (§ 2º). De tal sorte que o pretense óbice do artigo 9º, § 2º da LC 101/2000, não tem o condão de afastar a necessidade de cumprimento dos mencionados dispositivos legais e deixar de fazer com que todas as verbas do Fundo (FDD) sejam a ele disponibilizadas.

Assim, concedo a tutela de urgência requerida, determinando:

a) obrigação de fazer, no sentido de que, doravante e até o trânsito em julgado da sentença prolatada nesta Ação Civil Pública, passe a apresentar, na proposta de Lei Orçamentária anual, disposição no sentido de destinar a integralidade dos recursos do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) aos fins a que foram arrecadados, quais sejam, a reparação de direitos transindividuais lesados, na forma das normas de regência, **o que se aplica já na proposta orçamentária para o exercício de 2019**, a ser apresentada pela UNIÃO, por meio do Governo Federal, no ano de 2018;

b) obrigação de não fazer, no sentido de **não promover novos contingenciamentos dos recursos do FDD**, de modo que todos os valores arrecadados pelo Fundo sejam orçados e disponibilizados para aplicação no exercício subsequente ao que foram arrecadados;

c) obrigação de fazer no sentido de **criar conta-corrente específica para segregar financeiramente os recursos destinados ao FDD**, de modo a impedir que eles continuem compondo reserva financeira da UNIÃO e passem a atender a finalidade para a qual se destinam.

No mais, na qualidade de autor da presente ação civil pública, **manifeste-se o MPF, no prazo de 15 dias, sobre o pedido do IDEC, de admissão ao presente feito na qualidade de *amicus curiae***, nos termos do artigo 138 do Código de Processo Civil, inclusive sobre os poderes processuais que seriam a ele deferidos (§ 2o).

Deixo para analisar por ocasião da sentença o pedido de reconhecimento como matéria prejudicial à análise do mérito, a existência de precedente obrigatório do STF aplicável à espécie, na forma do art. 927, I, do Código de Processo Civil, ante a decisão proferida na medida cautelar em ADPF n. 347/DF, devendo ser analisado posteriormente se se aplica ou não, na espécie, a técnica da distinção.

Registre-se. Intimem-se.

Campinas, 17 de julho de 2018.