

A Possibilidade de Aplicação da Teoria do *Punitive Damages* nas Ações Cíveis Públicas: uma Abordagem do Artigo 13 da Lei nº 7.347/1985

ANDRÉA GOUTHIER

Mestranda em Direito Empresarial na Faculdade de Direito Milton Campos, Assistente Judiciária no TJMG.

DOI: 10.11117/22361766.34.01.05

Submissão: 30.10.2009

Parecer 1: 18.01.2010

Parecer 2: 01.02.2010

Aceitação do texto: 02.02.2010

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar a Lei nº 7.347/1985, abordando o contexto histórico do surgimento da ação civil pública, sua natureza, os bens por ela tutelados, seu objeto, os legitimados para a ação, a sentença e execução dos seus julgados, analisando-se, ao final, a possibilidade da aplicação da responsabilidade civil punitiva sobre o agente causador do dano, à vista do disposto no art. 13 da Lei nº 7.347/1985. A importância do tema se deve em razão de que a ação civil pública é um instrumento processual que confere à sociedade como um todo a defesa dos direitos difusos e coletivos, prevenindo e reprimindo danos causados ao meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Considerando que a indenização fixada pelo Magistrado prevista no art. 13 da Lei nº 7.347/1985 possui destinação específica (Fundo de Defesa de Direitos Difusos) e é gerida pelo Ministério Público, pretende-se analisar o cabimento da teoria do *punitive damages* na fixação dessa indenização pelo Magistrado, quando um dos bens tutelados no art. 1º da Lei nº 7.347/1985 for violado.

PALAVRAS-CHAVE: Ação civil pública; responsabilidade; *punitive damages*.

ABSTRACT: The objective of this work is to analyze Law nº 7.347/1985, with emphasis on the historical context in which the public civil law suit came into being, its nature, the protected interests its object, those who can file a suit, the sentence, the carrying out of a sentence and, finally, to examine the possibility of the application of the punitive civil action on the doer of the damage, having as reference point what establishes article 13, Law nº 7.347/1985. This theme is important because the public civil law suit is a legal instrument that enables society as a whole to defend the widespread and collective rights, preventing and controlling damages to the environment, to consumers, to the artistic, historical, aesthetic, touristic, and landscaping heritage. Considering that the fine established by the judge, as foreseen in article 13, Law nº 7.347/1985 has a specific destination (Defense Fund for Widespread Rights) and is managed by the Public Prosecution Office it is my intention to study if it is appropriate to apply the theory of indemnification of punitive damages to the specification of this fine by the magistrates, in case one of the protected interests as defined in article 13, Law nº 7.347/1985 is violated.

KEYWORDS: Public civil law; responsibility; punitive damages.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ação civil pública; 1.1 Surgimento da ação civil pública; 1.2 Natureza jurídica da ação civil pública: direito material ou processual?; 1.3 Bens tutelados pela ação civil pública; 1.4 Os legitimados para a ação civil pública; 1.5 A sentença na ação civil pública; 1.6 A possibilidade de se aplicar a responsabilidade punitiva na ação civil pública; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais controvertidos nas searas doutrinárias e jurisprudenciais, notadamente no âmbito do Direito Civil, diz respeito à chamada indenização civil punitiva. Além de altamente polêmico e atual, o assunto demanda minucioso e aprofundado estudo. A questão ganha maior relevo quando se pretende conectar a teoria da indenização civil punitiva com os dispositivos legais previstos na ação civil pública – Lei nº 7.347/1985.

Observa-se que, após a inserção do dano moral definitivamente no nosso ordenamento jurídico (art. 186 do Código Civil de 2002), o legislador infraconstitucional preferiu atribuir ao Estado-juiz a importante e difícil tarefa de fixar, segundo o seu prudente arbítrio, e conforme as circunstâncias do caso concreto, os valores devidos a título de danos morais.

O debate a respeito da indenização civil punitiva é bastante antigo na teoria jurídica, considerando, sobretudo, a resistência da doutrina brasileira quanto à aceitação da teoria da *punitive damage*, conhecida também como *exemplary damage*, originária do sistema do *common law*. Na jurisprudência pátria e, em especial, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, a matéria já despertava bastante polêmica, sendo que, a partir da vigência do novo Código Civil de 2002, não há que se falar em um e em outro entendimento, uma vez que a divergência quanto ao caráter punitivo do dano moral não é questão pacífica.

Contudo, quando se trata de ação civil pública, a possibilidade de se aplicar a teoria da indenização civil punitiva é de grande espectro, porque nela busca-se responsabilizar aquele que vulnerar algum interesse coletivo ou difuso, apurando-se, em cada caso, a modalidade de culpa do agente. Sob este prisma, José dos Santos Carvalho Filho afirma com propriedade:

[...] não importa o tipo de responsabilidade a que está sujeito o agente causador do dano ao interesse coletivo ou difuso, pois que ambas podem gerar o dever indenizatório. Importa, isso sim, verificar o que o direito positivo contempla em cada caso, atribuindo responsabilidade subjetiva, como regra, e objetiva em casos especiais.¹

A regra, portanto, é da responsabilidade subjetiva, isto é, aquela que presuppõe uma atividade culposa do agente no evento danoso. A responsabilidade

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. Comentários por artigo. Lei nº 7.347/1985, de 24.07.1985. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 12.

objetiva é a exceção e se dará nas hipóteses em que o ordenamento jurídico fixar, não podendo dela o agente se eximir.

Estabelecido o dever de indenizar, seja por conta da responsabilidade subjetiva, seja por se tratar de responsabilidade objetiva, o art. 13 da Lei nº 7.347/1985 estabelece que a indenização será revertida a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais dos quais participarão necessariamente o Ministério Público e os representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Contudo, o legislador não deixou claro se a indenização tratada no artigo em análise abarca apenas o caráter *compensatório* dos danos sofridos pelos lesados ou se o aspecto *punitivo* também estaria englobado. Neste último aspecto, a intenção da aplicação é de cunho pedagógico, ético, desestimulador da conduta delitiva, enquanto que, no primeiro ponto, a intenção do legislador é a de recompor o dano sofrido.

Essa questão ainda é tormentosa nos meios forenses por ficar sujeita à avaliação subjetiva do Magistrado e, deste modo, o operador do direito muitas vezes poderá se deparar com situações idênticas, mas que foram tratadas distintamente em um e em outro caso, o que, de certa forma, traz insegurança ao mundo jurídico. Por esta razão, o presente estudo busca examinar, à luz da doutrina, se, no Brasil, a ação civil pública acolheu ou não a teoria do *punitive damage*, ou *exemplary damage*, abordando, ainda, a questão sob o enfoque do art. 13 da Lei nº 7.347/1985, objeto do presente estudo.

Por fim, esclarece-se que a escolha do tema deveu-se também em razão da relevância da ação civil pública para a sociedade como um todo, pois por meio dela os legitimados, para a sua propositura, podem contar com um potente instrumento garantidor de direitos no que tange à proteção dos interesses difusos e coletivos. As vantagens do manejo da ação civil pública são evidentes e Pedro da Silva Dinamarco relembra:

Alguns fornecedores, degradadores do meio ambiente, e outras pessoas que estavam acostumadas a subestimar os direitos metaindividuais, diante da secular impunidade que cercavam essas questões, passaram a temer a mera potencialidade de uma demanda judicial coletiva. Não só a demanda em concreto, na qual ele já figura como réu, mas o grande risco potencial que uma demanda coletiva pode significar para sua sobrevivência econômica.²

1 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Antes de se adentrar no estudo da possibilidade de se aplicar a teoria do *punitive damage* na ação civil pública, convém tecer algumas considerações acerca da referida ação, abordando seu surgimento e natureza; os bens por ela tutelados

2 DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 45.

e seu objeto; seus legitimados para a ação; a sentença e execução dos seus julgados; e, por fim, a possibilidade de se aplicar a responsabilidade civil punitiva sobre o agente causador do dano, à vista do disposto no art. 13 da Lei nº 7.347/1985.

1.1 SURGIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Antes da edição da Lei nº 7.347/1985, a proteção dos direitos difusos resumia-se à Ação Popular (Lei nº 4.717/1965) e à Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981). Esta última já estabelecia o dever do agente poluidor de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente em decorrência de sua atividade, conferindo legitimidade ao Ministério Público para a propositura da ação judicial.

Historicamente, tem-se que antes da edição da Lei nº 7.347/1985, a proteção dos direitos difusos girava em torno somente daquilo que exprimia valor econômico, pertencente ao Poder Público, sendo este o conceito de “patrimônio público”. A referência brasileira para a tutela jurisdiccional de interesses difusos eram os doutrinadores italianos, entre eles: Mauro Cappelletti, Andréa Proto Pisani, Vittorio Denti e Vincenzo Vigoritti, que tendiam a entregar a associações civis uma maior função na tutela do interesse da coletividade. Segundo Ronaldo Cunha Campos:

Nota-se um direcionamento no sentido de conceder a legitimação (*legitimatío ad causam*) a tais entidades para que em juízo persigam a tutela de interesses de grupos sociais. Tais associações seriam dotadas de organização suficiente e uma certa fiscalização por parte do Estado.³

Em 1974 e 1975, a doutrina italiana inspirou os processualistas brasileiros da época a enxergar o processo civil não mais como solução de conflitos individuais, mas como uma possibilidade de se prestar uma tutela jurisdiccional coletiva.

Mauro Cappelletti entendia que

[...] esta tutela deveria provir do esforço combinado de instituições governamentais (inclusive o Ministério Público), do cidadão, ou de grupos de particulares, como os titulares das *class actions*, ou de associações formadas para tal esforço. É o que denomina pluralismo quando assevera:

“What lesson is to be learned from the comparative effort of a worldwide team of rational reporters and other experts who have provided the basis for this article? I believe that the lesson is one of pluralism.”

Prosegue o jurista: *“The needs of our time are so complex and demanding that it will be foolish to rely upon any single governmental institution to solve them”*.

E ainda: *“Exclusive reliance on the private initiative of individuals, however, would also be foolish”*.

3 CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação civil pública*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 57.

Daí sua conclusão de que a iniciativa pública e a privada, o Estado e os indivíduos, devem associar-se para atender à necessidade de tutela destes interesses difusos, hoje emergentes como característicos de sociedade de massa.⁴

Por sua vez, Vincenzo Vigoritti entendia que o problema central residia no interesse coletivo e não no difuso. Para ele, o interesse difuso antecedia o coletivo, sendo este último caracterizado como uma resultante de interesses coordenados a visar posições de vantagens.

Vittorio Denti entendia que a ação pública seria adequada quando buscase a tutela de interesses públicos individuados nas normas constitucionais de tipo programático (saúde, segurança, etc.), atendendo a certo e específico interesse coletivo.

Para Eduardo Grasso, o interesse coletivo obtém da lei uma garantia que assume a forma objetiva, enquanto o interesse de um grupo é sempre uma situação subjetivamente protegida. Em razão disso, o processualista não admitia a legitimidade de grupos representativos de coletividades maiores, razão pela qual, defendendo a ideia de que o interesse da sociedade é “interesse sem sujeito”, deveria a tutela desses direitos ser entregue a um órgão que exerceria esta atividade em juízo.

Com essas influências, os processualistas brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Waldemar Mariz de Oliveira Jr., Kazuo Watanabe e Cândido Rangel Dinamarco elaboraram o primeiro anteprojeto da lei da ação civil pública, sendo este apresentado pelo Deputado Flávio Bierrenbach em 1984 à Câmara dos Deputados. Deste primeiro texto observa-se que o anteprojeto preocupava-se mais em assegurar a legitimidade das associações para a tutela do meio ambiente do que assegurar uma efetiva tutela jurisdicional dos direitos difusos como gênero.

Diante disso, o Ministério Público do Estado de São Paulo aperfeiçoou o então anteprojeto apresentado, afirmando que a ação civil pública deveria ser aplicável na defesa dos consumidores e de qualquer interesse difuso, garantindo-se, assim, a sua efetividade e viabilidade, dando à realidade brasileira uma “adequada tutela jurisdicional coletiva”. Feitas tais alterações, o então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Akel apresentou o projeto ao então Presidente João Figueiredo, que o submeteu ao Congresso Nacional. Em razão da preferência de tramitação que mereciam os projetos do Poder Executivo, tal projeto acabou sendo apreciado e aprovado antes mesmo do “Projeto Bierrenbach”, seguindo sem alterações significativas para a sanção presidencial.

Importa ressaltar que o então Presidente José Sarney vetou em parte o anteprojeto, restringindo a expressão “qualquer outro interesse difuso” do texto. Deste modo, restou aprovado no texto apenas a referência feita à defesa ao *meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turís-*

4 Idem, p. 61 e 62.

tico e paisagístico. Curiosamente, há que se observar que o movimento político brasileiro à época era o de consolidar a ordem democrática, erradicando-se qualquer resquício de autoritarismo deixado pelos governos militares. Todavia, o veto da expressão “qualquer outro interesse difuso” fora feito pelo primeiro presidente civil, sendo que o projeto encaminhado pelo Presidente João Figueiredo, último presidente militar, abrangia a expressão “qualquer outro interesse difuso”.

A importância que se pode verificar com o veto presidencial foi que o mesmo subsidiou a elaboração legislativa, pois a falta de definição do alcance da expressão “interesses difusos” e a amplitude etimológica que a expressão comportava precisava ser solucionada. Assim, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor em 1990, restou suplantada essa omissão legislativa, dando-lhe, portanto, a necessária definição legal.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: DIREITO MATERIAL OU PROCESSUAL?

A dicotomia entre norma de direito material e norma de direito processual já não é mais tão aguerrida como outrora, posto que ambas servem ao objetivo maior da ordem jurídica globalmente considerada, que é o restabelecer a paz entre os membros da sociedade. É preciso, pois, relativizar a diferença existente entre normas materiais e adjetivas, porque muitas leis contêm simultaneamente regras de direito material e processual. Deve-se, portanto, aceitar a predominância de uma norma sobre a outra.

No estudo em tela, a doutrina já pacificou que a Lei nº 7.347/1985 possui caráter processual.

Rodolfo de Camargo Mancuso ensina:

Também nos parece que a lei em questão é de índole predominantemente processual, visto que, basicamente, objetiva oferecer os instrumentos processuais hábeis à efetivação, em juízo, da tutela aos interesses difusos reconhecidos nos textos substantivos. Ainda que nos dois aspectos antes ressaltados (arts. 10 e 13) a Lei nº 7.347/1985 apresente acoloração de direito material, estamos em que, no mais, trata-se de lei de natureza processual. Há interesse nessa qualificação, a mais de um título: os textos legais de natureza processual trazem certas peculiaridades no que concerne à sua eficácia no tempo e no espaço, à sua interpretação, à forma por que se faz sua integração em caso de lacuna ou defasagem, enfim, à sua integração com os demais textos do ordenamento positivo.⁵

Comungando do mesmo entendimento, Pedro da Silva Dinamarco:

A Lei nº 7.347/1985, de 24 de julho de 1985, não visa à criação de regras de comportamento para as pessoas, na vida em sociedade. Ela contém apenas regras procedimentais a serem seguidas pelo juiz e pelas partes sempre que surgir um conflito de

5 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. Lei nº 7.347/1985 e legislação complementar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

interesses envolvendo direitos e interesses metaindividuais que tenham sido lá especificados. Trata do foro, rito, legitimidade, atuação do Ministério Público, sentença, coisa julgada, execução, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, etc. Ela depende essencialmente das normas de direito material para que possa ter vida. Da própria justificativa apresentada no Projeto Bierrenbach, redigida pela comissão que elaborou o anteprojeto, consta essa intenção de disciplinar a forma processual.⁶

Complementando a doutrina acima, José dos Santos Carvalho Filho:

Diante da classificação de que as leis são materiais ou formais, pode-se afirmar que a Lei nº 7.347/1985 é de natureza eminentemente formal, visto que se destina a regular a ação protetiva dos vários direitos subjetivos e deveres jurídicos relativos ao meio ambiente, ao consumidor e a outros interesses coletivos e difusos. Na verdade, só acidentalmente a lei exibe normas de direito material.⁷

Assim, verifica-se que a Lei nº 7.347/1985 é predominante processual, na linha da doutrina acima, porque regula direitos metaindividuais fixados pelo legislador infraconstitucional.

1.3 BENS TUTELADOS PELA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública foi editada em 24.07.1985 e, como já afirmado, restringia-se a tutelar os seguintes bens: meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, deu-se o fenômeno da recepção das normas, sendo a Lei nº 7.347/1985 recepcionada pela Carta Maior, por com ela não conflitar, e, desta maneira, a Lei nº 7.347/1985 encontrou novo fundamento de validade, perseverando a irradiação dos seus efeitos por força do fenômeno da recepção.

Há que se mencionar que a Constituição Federal, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, no art. 129, estabeleceu, no inciso III, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Deste modo, a defesa dos interesses difusos e coletivos ingressou no ordenamento jurídico com *status* de matéria constitucional e, a partir dela, o legislador infraconstitucional promoveu uma gama de legislações voltadas à defesa de interesses diversos daqueles tratados pela Lei nº 7.347/1985.

Assim, nos termos do art. 1º da Lei nº 7.347/1985, é a ação civil adequada para a proteção dos direitos ou interesses difusos ou coletivos referentes:

- I – ao meio ambiente;
- II – ao consumidor;

6 DINAMARCO, Pedro da Silva. Op. cit., p. 47.

7 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 2.

- III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico;
- IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
- V – por infração da ordem econômica e da economia popular;
- VI – à ordem urbanística.

O *caput* do referido artigo menciona que a ação civil pública *poderá* ser promovida, sem prejuízo da ação popular. Contudo, as referidas ações não se confundem. A diferença entre elas reside na legitimidade ativa e passiva, assim como a adequação. Na lição de João Batista de Almeida, colhe-se:

Confrontando-se a ação popular com a ação civil pública, verifica-se que possuem a principal afinidade de propiciar a tutela coletiva de bens protegidos. Distinguem-se, no entanto, em vários aspectos: a) legitimação ativa – na ação popular será sempre e unicamente o leitor; na ação civil pública, a lei enumera os legitimados concorrentes, dentre eles órgãos públicos, Ministério Público e entidades civis; b) legitimação passiva – na ação popular será sempre uma entidade pública, a autoridade que praticou o ato ilegal e lesivo e os beneficiários diretos desse ato, ao passo que na ação civil pública o legitimado passivo pode ser órgão público, entidade civil, pessoa jurídica de direito privado ou pessoa física; c) adequação – a ação popular tem campo de utilização mais restrito, já que os bens tutelados veem descritos no próprio Texto Constitucional, enquanto a ação civil pública é adequada para a defesa de bens descritos na CF (art. 129, III), como na Lei nº 7.347/1985, no CDC e em vários outros diplomas legais.⁸

Rogério Lauria Tucci entabula uma distinção mais acentuada:

Ora, isso mostra, à saciedade, que, se ambas as ações, civil pública e popular, podem ser aforadas simultaneamente, cada uma delas, por certo, atende a uma diferente finalidade, não podendo a daquela coincidir com a desta, sob pena da incidência de um *bis in idem*, de todo repugnante ao direito. De qualquer modo, e para sua melhor caracterização, deve ter-se presente, sempre, que, havendo mero interesse patrimonial, na expressão autêntica dos vocábulos, sem repercussão no interesse público, inadmissível afigura-se a utilização da ação civil pública: “[...] como o patrimônio público, em sentido amplo, se compõe de bens disponíveis e indisponíveis, há que se perquirir caso por caso a existência ou não do interesse público, de modo a justificar o ajuizamento da ação civil pública”. Por certo, estando em jogo mero interesse disponível de uma entidade estatal, como na cobrança de um imposto, não se há de lobrigar, de logo, a presença, aí, não do interesse público, ou seja, daquele interesse geral ligado a valores de maior relevância, vinculado a fins sociais e às exigências do bem comum. Não. Na espécie há simples interesse patrimonial, sem repercussão no interesse público, a ser curado pela própria Fazenda

8 ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controversos da ação civil pública*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 36.

Pública, que, para tanto, dispõe de corpo profissional próprio, sendo, ademais, protegida pelo duplo grau de jurisdição. Assim não fosse, razão inexistiria para a regra do art. 129, IX, da atual Constituição, que veda ao Ministério Público – tutor nato de interesse público – a representação judicial e a consultoria de entidades públicas.⁹

Estabelecida a diferenciação, verifica-se, portanto, que os bens tutelados por meio da ação civil pública têm alto teor de importância para a coletividade. Com efeito, os bens jurídicos elencados no art. 1º da Lei nº 7.347/1985 são considerados como valores relevantes para a sociedade, sendo nítida a intenção do legislador em se evitar a degradação do meio ambiente, estabelecer a proteção do consumidor, do patrimônio público e social, a ordem econômica e urbanística, além de outros interesses difusos e coletivos.

Quanto a este último, nota-se ainda que o legislador constitucional, ao inserir a expressão “interesse difuso ou coletivo”, visou à proteção de *todo e qualquer* outro interesse difuso ou coletivo, ou, ainda, “dos direitos difusos ou coletivos”¹⁰, dando, assim, maior extensão à tutela. Pode-se classificar os interesses metaindividuais como intermediários entre o interesse público e o privado. Referem-se a um grupo de pessoas, excedendo o âmbito estritamente individual, mas não chegando a constituir interesse público (corpos intermediários). Tais interesses subdividem-se em:

- *Interesse individual homogêneo* – aqueles que têm origem comum, compreendendo os integrantes determinados ou determináveis do grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos da mesma circunstância de fato;
- *Interesse coletivo* – interesses indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunido por uma relação jurídica básica comum;
- *Interesse difuso* – são transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, compreendendo grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso.

Por fim, analisando-se a Lei nº 7.347/1985 constata-se que o Ministério Público só está legitimado para zelar por interesses sociais (difusos e coletivos) ou individuais homogêneos indisponíveis, tutelando apenas os interesses di-

9 WALD, Arnaldo Coordenador. *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 371 e 372.

10 José dos Santos Carvalho Filho dá interpretação diversa ao texto da lei ao afirmar: “Desse modo, em que pese a divulgação da expressão *interesses difusos e coletivos* não só na doutrina, como até mesmo no Texto Constitucional, a ideia que encerra há de ser a de *interesses juridicamente protegidos*, vale dizer, interesses necessariamente integrantes do círculo relativo aos direitos subjetivos. Quando se fala, pois, em interesses difusos ou coletivos, *dever-se-á conceber a noção de que se tratam de direitos difusos ou coletivos*”.

mencionados coletivamente, transcendentais do indivíduo e os direitos individuais homogêneos socialmente relevantes.

1.4 OS LEGITIMADOS PARA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Convém estabelecer que o legislador ordinário limitou o universo de pessoas com legitimidade ativa para propor ação civil pública, fazendo-o *numerus clausus*, deixando, contudo, de fazê-lo quanto aos legitimados passivos. E o fez corretamente, pois, na ação civil pública, qualquer pessoa privada ou da Administração Pública pode figurar no polo passivo da relação processual. Com efeito, praticada conduta omissiva ou comissiva contra qualquer dos bens tutelados pela ação civil pública, os legitimados para a ação podem promovê-la para remover (se possível) o dano, ou requerer a aplicação de uma indenização, caso o dano já tenha ocorrido.

Depreende-se do disposto no art. 5º da Lei nº 7.347/1985 que o rol de pessoas aptas à propositura da ação civil pública não está estabelecido em razão de hierarquia. Não há entre os legitimados relação hierárquica. A interpretação que se deve fazer acerca dos legitimados é de que os mesmos possuem *competência concorrente* para a propositura de ação civil pública.

O que a doutrina destaca é que o art. 129, III, da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a promoção do inquérito civil e a propositura da ação civil pública como uma das funções institucionais do Ministério Público, entendeu que seria ele o órgão que mais reuniria compatibilidade com os objetivos buscados pela ação civil pública.

José dos Santos Carvalho Filho *apud* Hely Lopes Meirelles indica:

A prioridade do Ministério Público para a propositura da ação e das medidas cautelares convenientes está implícita na própria lei, quando estabelece que “qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção” (art. 6º).¹¹

Cabe salientar que o Brasil vem acompanhando a revolução promovida pelo mundo ocidental, abandonando a visão individualista e alargando a legitimidade ativa para as ações coletivas, notadamente quanto aos bens tutelados pela ação civil pública elencados no art. 1º. Assim, conclui-se que somente as pessoas taxativamente enumeradas no art. 5º (Ministério Público, União, Estados, Municípios, Autarquias, Empresas Públicas, Fundação e Associação que esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei (inciso I), e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre iniciativa, à livre concorrência, ou ao patrimônio artís-

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 129.

tico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso II) é que poderão ajuizar a ação civil pública, independentemente da relevância do interesse em discussão.

1.5 A SENTENÇA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Um ponto extremamente importante para o presente estudo e também para a vida prática refere-se à sentença proferida na ação civil pública. Para classificá-la, deve-se conjugar os arts. 3º, 11 e 13 da Lei nº 7.437/1985:

Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

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 reconstrução dos bens lesados.

Inicialmente, é de se notar que a ação que tiver por objeto a condenação em dinheiro pressupõe necessariamente que o dano já ocorrera e que por isso não seria possível o restabelecimento do *status quo ante*. Deste modo, o pedido deduzido na ação é de cunho *condenatório*, pois nela o requerente buscará que a sentença declare a existência da relação jurídica (declaratória), mas com regra sancionadora contra o requerido (condenatória). Assim, a sentença aplica uma condenação fixando o pagamento como forma de cumprimento da sentença.

De outro lado, quando o autor da ação civil pública busca alcançar o provimento jurisdicional fundado em uma obrigação de fazer ou não fazer, o objeto do pedido é de cunho *cominatório*, *mandamental*, visando, portanto, a uma tutela específica de um interesse metaindividual, requerendo, sobretudo, a remoção do dano ou o seu impedimento. Não há neste aspecto, em regra, condenação pecuniária, pois pode o Magistrado fixar *astreintes* apenas para assegurar a efetividade de sua decisão, se for o caso.

A doutrina pátria apresenta diversos posicionamentos acerca desta classificação:

Como o objeto dessa ação é sempre a reconstrução de um interesse difuso ou coletivo lesado, torna-se mais atraente o aspecto cominatório, pois do cumprimento da obrigação de fazer ou da cessação de atividade resultará a preservação do bem tutelado ou a sua reposição ao *status quo ante*. A condenação em di-

nheiro nem sempre conduzirá a esse desiderato, nem será a alternativa que mais interessa à coletividade. Por isso, é preferível a reconstituição do bem lesado ao pagamento de um valor em dinheiro, a ser recolhido ao fundo, que só reflexamente poderá beneficiar a coletividade.¹²

Convém ainda trazer a lume doutrina abaixo:

Registre-se, entretanto, que, apesar de ser condenatória, a ação pode ter dois desfechos diversos: indenização em dinheiro; obrigação de fazer ou não fazer.

No primeiro caso, pode-se considerar que a ação tenha a natureza condenatória pecuniária: o objetivo do autor é o de obter do réu o pagamento de determinado *quantum* fixado na sentença. No segundo, a ação pode classificar-se como condenatória mandamental, visto que a pretensão do autor é a de obter determinação judicial para que o réu se conduza na forma decidida na sentença, fazendo relação ao mandado de segurança, o caráter mandamental dessa sentença traduz-se em que ela contém uma determinação inescusável à autoridade competente para a prática do ditame judicialmente posto.¹³

Por fim, a conclusão a que se chega, conjugando-se os dispositivos legais acima e valendo-se da doutrina transcrita, é a de que a sentença na ação civil pública poderá ser de cunho *cominatório*, quando a hipótese tratar de um *facere* ou *non facere*, evitando-se a ocorrência do dano, estabelecendo à parte uma obrigação de fazer ou de não fazer, para se remover o risco alegado pelo autor e quando presentes no processo motivos suficientes e autorizadores para a medida.

Pode-se afirmar que a sentença será sempre *declaratória*, pois reconhecerá se certo fato, ato ou situação existiu ou não (ex.: a sentença de separação reconhece, ainda que implicitamente, que houve casamento), e, *ainda*, *condenatória*, pois

em que se o crescente elastério no emprego da ação declaratória, não é comum o seu manejo para a defesa de interesses metaindividuais: primeiro, a Lei nº 7.347/1985 não contemplou a tutela, pela ação civil pública, do interesse à mera declaração ou à só eliminação de incerteza acerca de um dado interesse difuso ou coletivo, mas acenou para uma tutela francamente condenatória – caso de danos produzidos – ou ao menos cautelar – caso de danos temidos; segundo, seria questionável a utilidade que um provimento só declaratório teria na espécie: no art. 11 dessa lei está dito que a sentença determinará ao réu o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva; nesse contexto, não parece sobrar espaço para um mero reconhecimento de que o fato ocorreu ou de que a lesão se verificou, ou que o autor tem direito a obter, em ação própria, a devida reparação. Nesse sentido, Ricardo de Barros Leonel: “Embora, em tese, seja admissível a sentença simplesmente declaratória, na prática dificilmente terá utilidade isoladamente, sendo imprescindível que venha associada a provimentos de natureza constitutiva ou desconstitutiva, cominatória ou condenatória”.¹⁴

12 ALMEIDA, João Batista de. Op. cit., p. 149.

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 70.

14 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 256 e 257.

Para o presente estudo, importará tão somente a parte dispositiva da sentença que condena o réu ao pagamento de uma indenização pelos danos causados pela violação do direito de um dos bens jurídicos tutelados pela ação civil pública, conforme disposto no art. 13 da Lei nº 7.347/1985, analisando-se ainda a possibilidade de essa indenização se verificar não só no aspecto resarcitório, recompondo o prejuízo sofrido, mas também punitivo, no sentido pedagógico de se desestimular a reincidência de condutas não recomendadas, inibindo, portanto, qualquer ato que importe violação aos direitos tutelados pela ação civil pública.

1.6 A POSSIBILIDADE DE SE APLICAR A RESPONSABILIDADE PUNITIVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Inicialmente, convém explicar o que vem a ser a teoria da *punitive damage*. A *punitive damages* ou *exemplary damages* é a teoria seguida pelos países filiados ao sistema do *common law*¹⁵, oriunda do Direito inglês e norte-americano. Considerando-se que a responsabilidade civil visa outros fins que não somente a função compensatória (compensar os prejuízos sofridos), possuindo também a função pedagógico-sancionadora, no sentido de se impedir que a prática delitiva se repita, é que surgiu a teoria da *punitive damage* ou *exemplary damage*.

O *punitive damage* define-se como indenização outorgada em adição à indenização compensatória, quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo. É também usualmente denominada *exemplary damage*. Constitui uma soma de valores variável, estabelecida em separado do *compensatory damage*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição do *punitive damage* mostra-se imprópria¹⁶.

A teoria da *punitive damage* visa atingir dois objetivos: o primeiro, *punir* o ofensor, estabelecendo uma *sanção* altamente pesada a fim de que não se repita o ato lesivo; o segundo, *pedagógico*, no sentido de dissuadir terceiros a adotarem o mesmo procedimento. Assim, a aplicação da teoria da indenização civil punitiva se mostra perfeitamente cabível na ação civil pública, porque a sociedade se vê frequentemente vitimada ou ainda espoliada em diversas situações, devendo o ofensor, quando impossível restabelecer uma situação ao seu estado anterior, responder em dinheiro de forma bastante severa, evitando-se assim a reincidência da prática delitiva.

Sob esta ótica, Rodolpho Barreto Sampaio Júnior afirma:

15 Sistema jurídico em que uma das fontes primárias do Direito é a decisão ou o precedente judicial (*precedent*). O conjunto dessas decisões (*case law*), vinculadoras de casos futuros, constitui o Direito comum, aplicável preferencialmente em relação às normas estabelecidas abstratamente em leis ou outros diplomas emanados de órgãos com competência legislativa. Conforme ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit., p. 176.

16 Idem, p. 195.

A responsabilidade civil perderia a sua feição individualista, no sentido de ser compreendida como instituto destinado, primordialmente, à satisfação da vítima pela via da condenação pecuniária do agressor, para assumir uma função social, porquanto hábil a promover valores supostamente desejados pela sociedade. De simples instrumento ressarcitório passaria a baluarte de uma conduta ética. Essa seria a grande evolução da teoria da responsabilidade civil no século que se inicia.¹⁷

Sabe-se que são *quatro* os elementos essenciais para a configuração do dever de reparar, a saber: *ação ou omissão voluntária; culpa ou dolo do agente; nexo causal e dano*. A doutrina não apresenta divergência quanto ao reconhecimento dos elementos configuradores do dano moral acima mencionados; a divergência doutrinária e jurisprudencial pátria residem apenas quanto à fixação dos danos; *se unicamente compensatórios ou se compensatórios e punitivos*.

A configuração do dano moral coletivo¹⁸ e sua quantificação exigirão que o Magistrado se valha da sua experiência e de seu prudente arbítrio para estabelecer no caso concreto se o mesmo se verificou e qual o valor deverá ser fixado, observando-se ainda sob qual enfoque deverá ser fixado o dano. Assim, a sentença a ser proferida em ação civil pública poderá abarcar uma indenização compensatória (recompondo os prejuízos sofridos) e punitiva (desestimulando a conduta do ofensor) simultaneamente.

Convém exemplificar. Suponha-se que um laboratório de produtos farmacêuticos desenvolva uma droga indicada para combater a acne. Com o desenrolar das pesquisas, descobre-se que as mulheres em idade fértil não poderiam fazer uso desse medicamento em razão de que um dos efeitos colaterais causados pela droga seria o de gerar nos bebês grave comprometimento neurológico. Se a indústria farmacêutica for silente quanto a este perigoso efeito colateral, há seguramente a violação ao *dever de informação ao consumidor* aliada à evidente malícia por parte da indústria, que sabia que o produto apresentava riscos a uma categoria de consumidores (mulheres em idade fértil) e se omitiu.

Deste modo, qualquer um dos legitimados na ação civil pública poderia se valer desta, e poderia obter uma sentença condenatória, por meio da qual se aplicaria *danos morais compensatórios e punitivos* em face de *responsabilidade objetiva pelo fato do produto a toda aquela coletividade que se valera do medicamento*. Buscar-se-ia, nesta hipótese, compensar individualmente cada mulher pelo dano sofrido, e mais, valer-se-ia desta teoria para se conferir caráter punitivo-pedagógico aos danos morais no intuito de que a indústria não atue com má-fé em notório prejuízo de seus consumidores.

17 SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Direito civil*. Princípios jurídicos de direito privado. Atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 230.

18 "O dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade." (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. São Paulo: LTr, 2007. p. 137)

Assim, a indústria farmacêutica poderia ser condenada ao pagamento de danos morais *compensatórios e punitivos*, sendo estabelecida a condenação da seguinte forma: o valor fixado a título de dano moral compensatório corresponderia a tudo aquilo que o evento danoso importou na vida da vítima, analisando-se, sobretudo, como a pessoa vitimada era antes do evento e como ela ficou após o evento, fazendo-se verdadeiramente uma análise do caso concreto. No que tange à fixação dos danos morais punitivos, a fixação do valor a este título representaria uma soma de dinheiro que pudesse causar ao lesante o sentimento de arrependimento pela conduta adotada, no sentido de desestimulá-lo a não mais repetir a conduta anteriormente praticada.

Pedro da Silva Dinamarco contesta tal argumento:

Assim, em não se tratando de interesses individuais homogêneos, quando cada vítima deverá ser individualmente indenizada, o autor da ação civil pública deve necessariamente pedir que o dinheiro objeto da condenação principal seja destinado ao mencionado fundo.¹⁹

Entretanto, verifica-se que tal entendimento não é de todo seguro, pois, mais adiante, afirma:

Mas na ação civil pública ela reverterá ao fundo de que trata o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD). É que o Decreto nº 1.306, de 9 de novembro de 1994, dispõe constituir recursos daquele fundo “as condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985” (art. 2º, inciso I). E o citado art. 11 versa exatamente sobre as tutelas específicas e a cominação de multa diária. Além de não haver qualquer menção, no referido decreto, quanto ao tipo de interesse em discussão na ação em que foi aplicada a multa (se difuso, coletivo ou individual homogêneo), também não há qualquer outro dispositivo legal que lhe dê outra destinação específica, tal qual ocorre em relação à indenização pelos danos causados aos interesses individuais homogêneos (ou seja, condenação principal), que pertencerá, em princípio, aos próprios indivíduos substituídos (CDC, arts. 95 e ss.).²⁰

Assim, se a indenização pelos danos causados aos interesses individuais homogêneos pertence aos próprios indivíduos, pode-se concluir que, ainda que a sentença da ação civil pública fixe valores a título de danos morais punitivos em favor de um fundo de pesquisa instituído pelo Poder Público, e danos morais compensatórios para os indivíduos substituídos, não há impropriedade no manejo da ação civil pública se, simultaneamente, lesou-se direitos individuais, mas, precipuamente, lesou-se direitos difuso ou coletivo. No caso em tela, a indenização seria em prol de um “Fundo de Pesquisa da Indústria Farmacêutica”, a fim de que este segmento de pesquisa pudesse ser fomentado

19 DINAMARCO, Pedro da Silva. Op. cit., p. 295.

20 Idem, p. 297 e 298.

com a renda proveniente da indenização estabelecida na ação civil pública, em conformidade com o disposto no art. 13 da Lei nº 7.347/1985.

Citando novamente Rodolpho Barreto Sampaio Júnior, colhem-se as seguintes lições:

Como se sabe, o instituto da responsabilidade civil passou por sensível transformação ao admitir a atribuição do dever de ressarcir com amparo no dano, independentemente da ilicitude da conduta. Entretanto, responsabilizar os que agem culposamente e promover uma equilibrada distribuição dos riscos de certas atividades pode não representar o estágio final da responsabilidade civil. A tão pretendida socialização da teoria da responsabilidade civil, antes focada na análise subjetiva da conduta do ofensor, teria horizontes mais amplos do que a mera atribuição do dever de ressarcir àqueles que, mesmo agindo licitamente, criaram riscos para os direitos e interesses alheios. De fato, a responsabilidade civil encontraria um novo fundamento ético, consistente na promoção de condutas socialmente desejáveis pela rigorosa punição aos que violassem tais padrões comportamentais.²¹

Ademais, convém dizer que o instituto da indenização civil punitiva pode servir como um importante mecanismo de proteção *ético* da sociedade contra práticas fraudulentas ou ofensivas à boa-fé praticadas por qualquer legitimado passivo, tendo em vista que a hodierna concepção da responsabilidade civil busca a promoção de condutas socialmente desejáveis. Estaria, assim, o instituto exercendo verdadeiro e evidente controle ético das condutas praticadas, sinalizando que, se desrespeitados valores maiores, de interesse de toda a coletividade, sendo que os legitimados para a ação estão atentos e autorizados pela Carta Magna para a defesa dos interesses difusos ou coletivos.

CONCLUSÃO

A ação civil pública é regulada pela Lei nº 7.347/1985, sendo influenciada pela doutrina italiana liderada por Mauro Cappelletti, Andréa Proto Pisani, Vittorio Denti e Vincenzo Vigoritti, que tendiam a entregar a associações civis uma maior função na tutela do interesse da coletividade.

A natureza jurídica da ação civil pública é predominantemente processual, visto que a mesma tutela vários direitos subjetivos e deveres jurídicos relativos aos direitos difusos e coletivos. Os bens por ela tutelados encontram-se arrolados em seu art. 1º, a saber: meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, paisagístico, qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica e da economia popular e à ordem urbanística.

O rol dos legitimados para a ação civil pública estão indicados no art. 5º, a saber: Ministério Público (I); União, Estados, Municípios e o Distrito Federal (II); Autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista

21 SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. Op. cit., p. 230 e 231.

dos entes enumerados no inciso II; as associações civis que estejam legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que se inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, à economia popular e ao patrimônio cultural (artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico).

A sentença na ação civil pública poderá ser de cunho cominatório, quando tratar de uma obrigação de fazer ou não fazer; declaratória, quando reconhecer que um certo fato, ato ou situação existiu ou não; e condenatória, quando determinar o cumprimento da prestação da atividade devida ou cessação da atividade nociva.

Entende-se que o instituto da responsabilidade civil punitiva, ao permitir a aplicação da teoria da *punitive damage* no ordenamento jurídico pátrio, deve observá-la como de uma teoria de cunho ético, com função pedagógica-preventiva, quando ela busca dissuadir o ofensor de qualquer prática ofensiva ou de grande potencial lesivo que possa ser praticados contra a dignidade da pessoa humana, coletivamente.

Deste modo, defende-se neste artigo ser possível a aplicação da teoria da indenização civil punitiva na ação civil pública, quando o legislador infraconstitucional estabeleceu que a indenização será revertida em favor do fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/1985. É de se concluir, ainda, que, fixando-se uma indenização em valor substancialmente elevado, aquele que violar qualquer direito difuso coletivo, previsto na Lei nº 7.347/1985, ficará desestimulado a praticar qualquer ato ou conduta que importe em risco de dano ou cause dano efetivo para toda a coletividade, pois sentirá em suas finanças o valor de sua irresponsabilidade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação civil pública*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1989.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. Lei nº 7.347/1985 e legislação complementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Direito civil*. Princípios jurídicos de direito privado. Atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- WALD, Arnoldo (Coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.