

## DO DANO MORAL COLETIVO NO ATUAL CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO

CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO

Procurador do Estado de São Paulo

"... no puede hablarse de responsabilidad contractual ni extracontractual si no se ha causado un daño a alguien".  
(JAIME SANTOS BRIZ, "La Responsabilidad Civil — Derecho Sustantivo y Derecho Procesal", Madrid, Montecorvo, 1977, p. 123)

Prolegômenos — 1. Dano: Conceituação jurídica, caracterização e importância na Teoria da responsabilidade civil — 2. Conceituação e caracterização do dano moral: do individual ao coletivo — 3. Participação do direito processual no contexto do dano moral coletivo — 4. Considerações finais.

### Prolegômenos

"Software", "hardware", "leasing", "telêmica", "engineering", "franchising", "joint-venture"... É o orbe jurídico sendo invadido por um sem-número de palavras e expressões novas, todas frutos de uma árvore possante, vigorosa, imbatível, que se chama modernidade. É a praia do Direito sendo conquistada por uma maré absolutamente irresistível, que avança inexorável e continuamente, cobrindo para sempre vastas práticas, exaurindo institutos e obsoletas teorias. Mas engana-se quem acredita imporem-se tais transformações pacificamente na consciência jurídica — a velha ordem de idéias opõe-lhe encarniçada resistência, tentando desesperadamente paralisar-lhe a marcha e dando origem, dessa maneira, à "crise do Direito", que o saudoso Orlando Gomes soube tão bem retratar:

"Os acontecimentos que desencadearam a crise espiritual dos nossos dias,

destruindo parcialmente o sistema de valores a que se condicionava a cultura jurídica, determinaram, não apenas a substituição das matrizes filosóficas do Direito Privado, dos seus fundamentos e finalidades, senão, também, de sua dogmática. Mas, enquanto está a maioria dos juristas convencida de que não subsistem esses pressupostos, não se apercebem ainda alguns de que, corroidos e solapados, desabaram muitos conceitos básicos do sistema abalado, alterando-se o significado da ordenação jurídica, tanto doutrinária como legislativamente, e, em consequência, a função político-judicial, que, a permanecer como a entendia o positivismo científico, permitiria, talvez, na atualidade, a substituição dos juizes por cérebros eletrônicos!"<sup>1</sup>

Malgrado toda a oposição que tem encontrado, o movimento renovador, com a força da água que rompe o dique,

1. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, SP, RT, 1967, p. 5.

segue o seu curso — e deve mesmo segui-lo —, sendo sempre guiado pelo coletivo. Trata-se da coletivização ou socialização do Direito, movimento que, característico dos novos tempos, se coloca em posição diametralmente oposta à dos pandectistas do século passado, que tanto se deixaram envolver pelo raciocínio puramente lógico e abstrato, tornando absolutamente exangue o mundo jurídico.<sup>2</sup>

É exatamente nesse panorama de renovação generalizada que se encarta a questão do dano moral coletivo, assunto pouco explorado pela doutrina e absolutamente novel na seara da jurisprudência, mas cuja importância exsurge, de forma insofismável, da própria realidade por ele representada.

Preende este trabalho examinar, de maneira sistemática e profunda, tão basilar tema, procurando lançar sobre ele a luz do esclarecimento — partindo da conceituação jurídica, da caracterização e da importância do dano na teoria da responsabilidade civil, explorará a conceituação e a caracterização do dano moral, com ênfase para o sofrido pela coletividade, para, ao depois, mostrar a participação do direito processual nesse contexto, dentro da tão desejada relativização do binômio *substance-procedure*.

### 1. Dano: Conceituação jurídica, caracterização e importância na Teoria da responsabilidade civil

Sem dano, não há que se falar em responsabilidade civil, *id est*, esta inexistente sem ele. Por outras palavras, pode-se dizer que o dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil (ou do direito à reparação, se se adotar o ponto de vista

do lesado), juntamente com a ação lesiva e o nexo causal (ou vínculo).<sup>3</sup>

Mas o que vem a ser o dano? A melhor doutrina o define como sendo "lesão, ou redução patrimonial, sofrida pelo ofendido, em seu conjunto de valores protegidos no Direito, seja quanto à sua própria pessoa — moral ou fisicamente — seja quanto a seus bens ou a seus direitos", ou ainda como "a perda, ou a diminuição, total ou parcial, de elemento, ou de expressão componente de sua estrutura de bens psíquicos, físicos, morais ou materiais".<sup>4</sup>

Como se percebe, o dano é uma lesão a bens juridicamente protegidos, como, v.g., a vida, a liberdade, a saúde, a honra, o nome, a imagem, o crédito comercial e a propriedade.<sup>5</sup> Na sua caracterização jurídica, é absolutamente fundamental que entrem 2 elementos: a) o prejuízo (elemento de fato); b) a lesão jurídica (elemento de direito).<sup>6</sup> Ou, como diria o inolvidável Eugenio Bonvicini: "Nel concetto di danno, inteso in senso giuridico, vi è quindi un *elemento materiale*, rappresentato dal fenomeno d'ordine fisico, ed un *elemento formale*, rappresentato dalla reazione suscitata dall'Ordinamento giuridico a conseguenza della *turbativa* arrecata all'equilibrio sociale dall'alterazione pregiudizievole di un interesse giuridicamente tutelato".<sup>7</sup>

3. Carlos Alberto Bittar, *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares*, SP, RT, 1985, p. 59; *Responsabilidade Civil — Teoria & Prática*, Rio, Forense Universitária, 1989, pp. 7 e ss., e *Curso de Direito Civil*, Rio, Forense Universitária, 1994, pp. 564 e ss., e Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, SP, Saraiva, 1977, v. IV/19 (*Responsabilidade Civil*).

4. *Idem*, *Responsabilidade Civil — Teoria & Prática*, cit., p. 8, e *Curso*, cit., pp. 564-565.

5. Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio, Forense, 1976, pp. 315-316.

6. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, Rio, Freitas Bastos, 1964, v. V/256.

7. *La Responsabilità Civile*, Milano, Giuffrè, 1971, t. I, p. 30; grifado no original. V. tb. De Cquis, *Il Danno*, Milano, Giuffrè, 1979, v. I/8.

58

Mas nem todo dano é passível de trazer ao proscênio a teoria da responsabilidade civil. Efetivamente, o dano deve, em primeiro lugar, ser injusto, ou seja, contrário ao ordenamento jurídico.<sup>8</sup> Não é diferente o pensamento de Jaime Santos Brito: "Ademais, para que el dano sea indemnizable ha de infringir una norma jurídica, pues si se produce conforme a derecho no sería indemnizable. Por tanto, el concepto del daño debe incluir también la nota de su anti-juridicidad. Puede, pues, decirse que dato es 'todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona u del cual haya de responder otra'".<sup>9-10</sup> Ademais, para ser

8. Em última instância, trata-se da incidência do axioma *alterum non laedere*, segundo princípio de direito de Ulpiano e dos estóicos (cf. Antônio Junqueira de Azevedo, "A Boa Fé na Formação dos Contratos", in *Direito do Consumidor*, SP, RT, 1992, p. 80). Não podemos deixar de transcrever, aqui, expressivo excerto de Karl Larenz: "La obligación de indemnización de daños tiende a proporcionar una compensación a aquel que en virtud de ciertos hechos ha sufrido un daño o un menoscabo económico en sus bienes. Tal compensación representa en este supuesto una exigencia de la justicia comutativa... Cuando una persona distinta al perjudicado puede ser declarada responsable del acontecimiento dañoso" (*Derecho de Obligaciones*, trad., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 190-191).

9. *La Responsabilidad Civil — Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, Madrid, Montecorvo, 1977, p. 126. V. tb. Carlos Alberto Bitar. *Curso...*, cit., p. 565.

10. Preferimos, ao caracterizar o dano injusto, empregar a expressão "contrário ao ordenamento jurídico" à expressão "contrário à norma jurídica", pois o direito não se limita à norma posta, que é apenas uma de suas formas de expressão (cf. R. Limongi França, *Instituições de Direito Civil*, SP, Saraiva, 1988, pp. 10 e ss., e *Manual de Direito Civil*, SP, RT, 1975, 1.º v., pp. 15 e ss.), e a responsabilidade civil, a nosso ver, vai haure suas forças e sua construção teórica no princípio *alterum non laedere*, que informa o sistema jurídico como um todo (v. nota 8).

indenizável, deve o dano igualmente ser certo, atual, pessoal e direto, admitindo-se, no entanto: a) o dano futuro e a perda de oportunidade; b) o *damnum injunctum* e a perda de prêmio por acidente; c) o dano a pessoas da família; d) o dano por meio de reflexo (ou, em língua francesa, *dommage par ricochet*).<sup>11</sup>

A medida da importância do dano é dada não só pelo fato de ser ele um dos pressupostos do direito à reparação, mas também pelo alargamento que tem produzido na seara da responsabilidade civil — esta não tem mais como centro, na concepção da moderna doutrina, a noção de ato ilícito, mas sim a de dano injusto, o que lhe ampliou os horizontes e a esfera de aplicação. É o que nos ensina, com maestria, Orlando Gomes:

"O aumento do número de danos ressarcíveis em virtude desse giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto, segundo o qual, como visto, a ressarcibilidade estende-se à lesão de todo bem jurídico protegido, dilata a esfera da responsabilidade civil e espelha o manto da sua incidência. Ressarcíveis

11. V., sobre a matéria, Carlos Alberto Bitar, *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares*, cit., p. 65, Francisco Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, Giuffrè, 1958, v. V/549 e ss., Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, SP, Saraiva, 1984, 7.º v. (*Responsabilidade Civil*), pp. 53-54, Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, Rio, Forense, 1989, pp. 45 e ss., Aulio Anibal Allenri, *Responsabilidade Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, p. 124, Henri Labou, *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*, Paris, Dalloz, 1949, pp. 94 e ss., J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio, Freitas Bastos, 1963, v. III/328, Louis Josseland, *Derecho Civil*, t. II, v. I, trad., Buenos Aires, Bosch, 1951, pp. 327-328, Marcel Planiol e Georges Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. VI, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, pp. 747-750, e Henri, Léon e Jean Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, t. II, v. V/366-367, Paris, Montchrestien, 1973.

passam a ser, por exemplo, na área dos direitos de personalidade, os danos provenientes de lesão ao direito à intimidade, na esfera dos direitos de família, o dano moral puro, no setor dos direitos de crédito nos quais há "perda de uma utilidade econômica que já fazia parte da própria esfera jurídica patrimonial do credor", e, no campo dos interesses legítimos, os danos ocasionados aos particulares pelo Estado na sua política interventiva, ou por empresas privadas que poluem o ambiente ou produzem defeituosamente seus artigos".<sup>12</sup>

Estabelecida, assim, a conceituação jurídica de dano, juntamente com a sua caracterização e com a medida de sua importância na teoria da responsabilidade civil, passemos ao estudo do dano moral, cuja construção doutrinária é o cerne do presente ensaio.

## 2. Conceituação e caracterização do dano moral: do individual ao coletivo

Conforme a argumentação expendida no item 1, o dano consiste na lesão sofrida não só em componentes puramente patrimoniais, mas também em elementos da esfera moral do titular. Em outros termos, o dano pode ser dividido em patrimonial e moral, de acordo com o critério dos reflexos na esfera jurídica atingida, que o mais indicado para delimitar-se e caracterizar-se, com precisão, o dano moral (fulcro do presente ensaio), como nos mostra Carlos Alberto Bitar:

"Permite essa classificação alçar-se o âmbito da composição da teoria do dano, dividindo-se este em material ou moral, consoante se manifeste no aspecto patrimonial (ou pecuniário) da esfera jurídica lesada. Com isso, têm-se em

conta as duas facetas básicas da esfera jurídica dos entes personalizados, a material e a moral, compreendida na primeira o acervo dotado de economicidade, na segunda, o conjunto de valores reconhecidos como integrantes das veias afetiva (ou sentimental), intelectual (de percepção e de entendimento) e valorativa (individual e social) da personalidade.

A separação pela patrimonialidade, ou não, do reflexo produzido na esfera afetiva põe em evidência, de imediato, a bipartição do contexto valorativo que interessa ao Direito: o da pecuniariedade e o da moralidade. Inserem-se, no primeiro, os valores dotados de expressão pecuniária, ou aferição econômica e, no segundo, os que se exauram na esfera mais íntima da personalidade, ou seja, na linha dos componentes sentimentais, valorativos, no âmbito da intelectualidade e no da vontade (apidão de entender e atitude de querer), com as diversas manifestações possíveis. Por outras palavras, em um contexto, figuram bens ou direito revestidos de caráter econômico; em outro, que individualizam o ser na sociedade, vale dizer, que definem o ser como entidade dotada de essencialidade e de individualidade próprias".<sup>13</sup>

O dano moral, portanto, é o resultado de golpe desfechado contra a esfera psíquica ou a moral, em se tratando de pessoa física. A agressão fere a pessoa no mundo interior do psiquismo, traduzindo-se por reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, bem como trazendo à tona o fato de que o homem é dividido em corpo e espírito, consoantes as brilhantes lições do eminente Luiz da Cunha Gonçalves.

"É que o homem, — digam o que quiserem os materialistas, — não é só matéria viva; é corpo e espírito. A

12. "Tendências Modernas na Teoria da Responsabilidade Civil", in *Estudos em homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues*, cit., 1989, p. 296.

13. *Reparação Civil por Danos Morais*, SP, RT, 1993, pp. 30-31.

personalidade física é, apenas, o instrumento da personalidade moral. O corpo é, por assim dizer, a máquina, o aparelho transmissor da actividade do ser, do dotado de inteligência, vontade, sensibilidade, energia, aspirações, sentimentos. Não pode, por isso, duvidar-se de que o homem possui *bens espirituais* ou *morais*, que lhe são preciosos e queridos, tanto ou mais do que os *bens materiais*. Estes bens são, sem dúvida, complemento daqueles; pois fornecem meios, não somente para se obter duração, saúde e bem-estar físicos ou do *corpo*, mas também para se alcançar a saúde e o bem-estar morais ou do espírito, mediante alegrias, prazeres, docuras afetivas, distrações, confortos, leituras, espetáculos naturais e artificiais, viagens, encantos da vida.<sup>14</sup>

Hodiernamente aceito com tranquilidade pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência dos povos cultos (entre nós, inclusive pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, V e X), o dano moral encontrou grandes resistências para impor-se, chegando a ser mesmo negado por célebres autores,<sup>15</sup> que partiam de basicamente dois argumentos falaciosos: a) a dor não admite compensação pecu-

nária; b) não é possível avaliar o dano moral (*pretium doloris*).<sup>16</sup> Superados definitivamente os mencionados argumentos, passou-se à construção da teoria dos danos morais, cujos contornos recentes são bem resumidos por Carlos Alberto Bitar:

"Em consonância com essas noções, observa-se que a responsabilização do agente se realiza pelo simples fato da violação de direitos da personalidade do lesado (*damnum in re ipsa*). Os danos em tela são perceptíveis pelo senso comum, porque interferem com a natureza humana, cumprindo a respectiva identificação, em concreto, ao juiz, a quem compete fixar a reparação cabível, que pode ser pecuniária, de regra, e não pecuniária, ou de ambas as naturezas. Confeite-se ao prudente arbítrio do juiz essa missão, influenciando-se seu trabalho por certos fatores admitidos, principalmente na doutrina e na jurisprudência, relacionados ao caso concreto, como a gravidade da lesão, a posição das partes e sua situação econômica, alguns previstos por expresso em leis. A par disso, certas leis traçam critérios identificadores da indenização cabível, auxiliando a tarefa do magistrado, acompanhados, ademais, pela ação da doutrina e da jurisprudência, formando-se ora acervo considerável, que vem sendo utilizado nos casos submetidos aos tribunais. Admitem-se novas formas de reparação, não pecuniárias, ganhando relevo, atualmente, o sancionamento através de prestação de serviços à coletividade, que, nascido na área penal, vem estendendo-se a questões de cunho civil. Na reparação pecuniária, prospera, ademais, a tese da exacerbação da indenização devida, em razão do vulto do direito atingido, assumindo aquela a força

inibidora de que necessita (*punitive damages*), para permitir que se alcance efetivo sancionamento do lesante e desestímulo à sociedade para novas investidas do gênero. Vem-se admitindo, por fim, a cumulação entre as reparações por danos morais e por danos patrimoniais, possibilitando-se, assim, ao lesado a satisfação, em um só processo, dos interesses lesados pelo mesmo fato gerador".<sup>17</sup> Podem, pois, ser traçados os lindes da teoria do dano moral em sua configuração mais recente, com supedâneo nos seguintes elementos: a) responsabilização pelo simples fato da violação; b) outorga ao juiz de poderes para a definição da reparação cabível; c) acolhimento de certos fatores como de relevo na

17. *Reparação Civil*, cit., p. 239. Resumidamente, ensina o imenso Carlos Alberto de Mota Pinto: "Os interesses cuja lesão desencana um dano não patrimonial são infungíveis, não podem ser reintegrados mesmo por equivalente. Mas é possível, em certa medida, *contrabalançar* o dano, *compensá-lo* mediante satisfações derivadas da utilização do dinheiro. Não se trata, portanto, de atribuir ao lesado um 'preço de dor' ou um 'preço do sangue', mas de lhe proporcionar *uma satisfação*, em virtude da aptidão do dinheiro para propiciar a realização de uma ampla gama de interesses, na qual se podem incluir mesmo interesses de ordem refinadamente ideal" (*Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Ed., 1976, p. 86; grifos no original).

Cf. tb., na mesma linha de raciocínio, o seguinte excerto de Ludwig Ennecerus, Theodor Kipp e Martin Wolff: "(...) Pero según la resolución del Pleno de lo civil del Tribunal Federal (BGH 18, 149), la pretensión al 'dinero del dolor' en virtud del § 847 no constituye una pretensión *in re ipsa* con dos funciones distintas: la de ofrecer al perjudicado una compensación adecuada para aquellos daños que no son de índole patrimonial, y al propio tiempo atender a que el dañador debe satisfacer al perjudicado por lo que contra él ha hecho" (*Derecho de Obligaciones*, trad., Barcelona, Bosch, 1966, v. IV/1, 159, 2.ª parte).

determinação da reparação; d) admissão de novas formas de reparação; e) fixação de valor de desestímulo como reparação pecuniária; f) submissão do agente à prestação de serviços na reparação não pecuniária; g) cumulação de danos reparações por danos morais e patrimoniais. Todas as considerações expendidas sobre o dano moral, até agora, se referem à pessoa física, ao homem, ao indivíduo. Mas o Direito vem passando por profundas transformações, que podem ser sintetizadas pela palavra "socialização". Efeitivamente, o Direito como um todo — e o Direito Civil não tem sido uma exceção — está sofrendo, ao longo do presente século, profundas e paulatinas mudanças, sob o impacto da evolução da tecnologia em geral e das alterações constantes havidas no tecido social.<sup>18-19</sup>

18. Como dizia, com extrema felicidade, René Savater: "Enfin, vingt-cinq ans nous ont conduit de la première explosion atomique à l'âge interstellaire où l'homme se libère du globe terrestre. L'accélération est donc prodigieuse." (*Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1964, p. 2).

19. Páginas objetivas e lúcidas sobre o contexto de renovação do direito — das quais serão extraídos alguns excertos — foram escritas por F. A. de Miranda Rosa: "Os condicionamentos socioculturais da normatividade jurídica, destarte, se mostram claros e indiscutíveis. As modificações do complexo cultural de uma sociedade correspondem, a seguir, alterações na sua ordem jurídica." "O que se afirmou acima fica mais claro diante da observação de que ocorre no campo do Direito, paralelamente à evolução das comunicações e dos contatos entre as diversas sociedades, em uma escala global. Um dos fatos marcantes dos meados deste século é precisamente essa expansão do sistema de comunicações, de modo que qualquer fato social de alguma significação é quase imediatamente conhecido e observado em todos os continentes. As modificações do contexto social, portanto, se verificam em dimensão mundial, ocorrendo a tendência para certa uniformidade cultural em todo o planeta." "A verdade é que o Direito vai também sofrendo os impactos

14. *Tratado de Direito Civil*, SP, Max Limonad, 1957, v. XII/537, t. II, grifado no original.

15. Sobre as dificuldades, imprecisões e hesitações da doutrina, v. Wilson Melo da Silva, *O Dano Moral e sua Reparação*, Rio, Forense, 1955, pp. 11 e ss. Aliás, resume bem a matéria o ilustre Ricardo de Angel Yagüez:

"La reparación del daño moral ha experimentado un curioso proceso. En otro tiempo eran muchos los juristas que la rechazaban, por entender que los bienes morales no admitían una valoración pecuniaria, o que ésta habría de ser siempre insuficiente o arbitraria. Más aún, no pocos consideraban que los bienes de la personalidad son tan dignos que repugna la simple idea de traducirlos a términos materiales (...)" (*Tratado de Responsabilidad Civil*, Madrid, Civitas, 1993, p. 675).

16. Orlando Gomes, *Obrigação*, cit., p. 332. V. tb., sobre o assunto, Brebbia, *El Dano Moral*, Buenos Aires, 1950, pp. 99 e ss., e Yussel Said Cahali, *Dano e Indenização*, SP, RT, 1980, p. 11.

Todas essas mutações têm direção e sentido certos: conduzem o Direito ao primado claro e inofismável do coletivo sobre o individual. Como não poderia deixar de ser, os reflexos desse panorama de mudança estão fazendo-se sentir na teoria do dano moral, dando origem à novel figura do dano moral coletivo, objeto específico do presente estudo. Ora, se o indivíduo pode ser vítima de dano moral, por que a coletividade não poderia sê-lo? Mas a demonstração plena do ponto nodal deste trabalho não pode ser realizada sem algumas considerações prévias, respeitantes, inclusive, aos domínios da Sociologia, da Filosofia e da Ciência Política.

A coletividade — ou comunidade —<sup>20</sup> é "um conglomerado de pessoas que vivem num determinado território, unidas por fatores comuns",<sup>21</sup> ou, ainda, "uma sociedade localizada no espaço, cujos membros cooperam entre si (com divisão de trabalho), seja utilitaristicamente (para obter melhores, mais eficientes resultados práticos reais), seja eticamente (sendo em vista valores humanos — familiares, sociais, jurídicos, reli-

gios etc.)".<sup>22</sup> Dessas definições — máxime da segunda — exsurtem os fios mais importantes na composição do tecido da coletividade: os valores. Resultam eles, em última instância, da amplificação, por assim dizer, dos valores dos indivíduos como componentes da coletividade. Assim como cada indivíduo tem sua carga de valores, também a comunidade, por ser um conjunto de indivíduos, tem uma dimensão ética.<sup>23</sup> Mas é essencial que se assevere que a citada amplificação desatrela os valores coletivos das pessoas integrantes da comunidade quando individualmente consideradas. Os valores coletivos, pois, dizem respeito à comunidade como um todo, independentemente de suas partes. Trata-se, destarte, de valores do corpo, valores esses que se não confundem com os de cada pessoa, de cada célula, de cada elemento da coletividade. Tais valores, como se vê, têm um caráter nitidamente indivisível, cuja intelecção fica cristalina com a leitura das preleções de José Carlos Barbosa Moreira a respeito dos "interesses essencialmente coletivos":

"Em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogos. Há, por assim dizer,

22. Arnida Bergamini Miotto, verbete "Comunidade", in *Enciclopédia...* cit., *ibidem*, p. 473. A coletividade é o fruto maior da dimensão social do homem, que, na filosofia aristotélica, é concebido como *politikon zoon*.

23. Como diria o imenso Miguel Real: "A nossa vida não é espiritualmente senão uma vivência penne de valores. Viver é tomar posição perante valores e integrá-los em nosso 'mundo', aperfeiçoando nossa personalidade, na medida em que damos valor às coisas, aos outros homens e a nós mesmos. Só o homem é capaz de valores, e somente em razão do homem a realidade axiológica é possível". (*Filosofia do Direito*, SP, Saraiva, 1962, v. I/171).

uma *comunhão indivisível* de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a "quota" de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade. Por exemplo: tem-se que a realização de obra pública venha a causar danos graves à flora e à fauna da região, ou acarrete a destruição de monumento histórico ou artístico. A possibilidade de tutela do "interesse coletivo" na preservação dos bens em perigo, caso exista, necessariamente se fará sentir de modo uniforme com relação à totalidade dos interessados. Com efeito, não se concebe que o resultado seja favorável a alguns e desfavorável a outros. Ou se preserve o bem, e todos os interessados são vitoriosos; ou não se preserve, e todos saem vencidos".<sup>24</sup>

Assim caracterizados os valores coletivos, faz-se mister que se afirme serem eles enquadrados em categoria maior, vale dizer, no fenômeno cultural. Ora, como já assinalamos na primeira página de ensaio premiado pela Associação "Alumni" em 1988, "cultura is the result of the social capacity of creating material and immaterial elements — like language, typical food and customs — and transmitting them generation after generation",<sup>25</sup> o que é reforçado pelo José de Oliveira Vianna, *in verbis*:

"Um complexo cultural não contém apenas um sistema de *normas* sociais,

possíveis de serem cristalizadas num regulamento, num ritual, num pronunciamento, num código ou numa Constituição. Na sua composição encontramos, ao mesmo tempo, como estamos vendo, dois grupos de elementos *externos* ou *objetivos* (fatos, coisas, signos, tradições); os elementos *internos* ou *subjetivos* (sentimentos, idéias, emoções, julgamentos de valor, etc.); — e é desta complexidade de elementos constitutivos que ele tira o seu nome.

Os primeiros — os objetivos — formam os elementos *transcendentes* da cultura. Os segundos — os subjetivos — os seus elementos *imanescentes*.

Estes elementos conjugados ou associados formam um sistema articulado, onde vemos objetos ou fatos de ordem material, associados a reflexos condicionados, com os correspondentes sentimentos e idéias. Estes elementos penetram o homem, instalam-se mesmo dentro de sua fisiologia: e fazem-se enervação, sensibilidade, emoção, memória, volição, motricidade. (...)

Em consequência, pensa-se de acordo com estes complexos e na forma deles; e sente-se; e age-se; e comporta-se: — e vive-se. Embora sem anular-lhe a personalidade e a sua equação pessoal, um complexo qualquer, represente o que representar, envolve sempre o homem por dentro e por fora: — e o arrastia a *atitudes* ou a *comportamentos* na sociedade. Psicologicamente, portanto, um complexo cultural é um sistema ideológico, em que se associam, *sincronizados*, sensibilidades, emoções, sentimentos, preconceitos, preferências, repulções, julgamentos de valor, deliberações e, afinal, atos omissivos ou comissivos de conduta."<sup>26-27</sup>

24. "Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos", in *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, SP, Saraiva, 1984, pp. 195-196; grifado no original.

25. "The Serious Contrasts in the Modern World", SP, Associação "Alumni", 1988, in *colênia das obras vencedoras do First Writing Contest*.

26. "Instituições Políticas Brasileiras", Rio, José Olympio, 1955, 1.º v. ("Fundamentos Sociais do Estado"), pp. 92-93; grifos no original.

27. Fica patente a inclusão dos valores coletivos na categoria dos elementos imanescentes (internos, subjetivos ou imanescentes) da cultura.

Em última análise, o significado do próprio homem, célula-mãe dos valores coletivos, dos quais é ele a fonte. Ora, o homem é o único ser capaz de valores; não é uma simples entidade biológica, redutível a um conjunto de fatos explicáveis pela Psicologia, pela Física, pela Anatomia e pela Biologia, mas sim um acréscimo à Natureza, como nos lembra Miguel Reale,<sup>28</sup> que, aliás, prova cabalmente a intrínseca relação existente entre a cultura e os valores:

"(...) Sobre uma ordem de coisas naturalmente dadas, o homem constitui um segundo mundo, que é o mundo da cultura. Pensando no mundo do homem primitivo ou no de nossos dias, imediatamente se verifica que o homem, valendo-se dos conhecimentos obtidos no mundo do ser, nos nexos causais que ligam os fenômenos, pode subordinar conhecimentos neutros a fins que não estavam nos fenômenos explicados, mas que o homem soube compreender e integrar em sua existência, como inovador da natureza. *Só o homem é um ser que inova, e é por isso que só o homem é capaz de valor.* No fundo, chegaremos à conclusão de que o problema do homem reduz-se à própria espiritualidade humana. Há possibilidade de valores porque existe liberdade espiritual, possibilidade de escolha constitutiva de bens."<sup>29</sup>

28. Op. cit., pp. 189-190.

29. Op. cit., pp. 190-191; grifamos. E prossegue o insuperável mestre: "A cultura é um patrimônio de bens que o homem acumula através da história, mas não é apenas um cabedal de bens. O ser humano por si mesmo burria-se ou aprimora-se em seus atos mais naturais. Creemos que o homem assinala um processo de aprimoramento crescente através das idades. O homem civilizado, o homem culto, reveste-se de certa "dignidade" ao realizar os atos mais naturais da vida, enriquecido de algo denunciable de um aperfeiçoamento no seio da espécie, em contraste com a rude animalidade do ho-

Após todas essas considerações, urge agora se proceda à especificação dos valores coletivos.

Em primeiro lugar, aparecem os valores constantes do art. 1.º, I a III, da Lei Federal 7.347, de 24.7.85; os relativos ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico,<sup>30</sup> sobre os quais há vastíssima literatura especializada.<sup>31</sup> Não nos estenderemos sobre o assunto, exaustivamente analisado pela moderna doutrina. Mas cumpre-nos trazer à colação algumas importantes manifestações de nossa jurisprudência a respeito da matéria: a) "... cabe ao Judiciário identificar o valor histórico e estético do bem, independentemente do critério administrativo"<sup>32</sup>; b) em tese, é cabível a ação civil

mem primitivo. Temos, assim, de chegar à convicção de que não é cultura apenas o produto da atividade do homem, porque também é cultura a atividade mesma do homem enquanto especificamente humana. A maneira de ser, de viver, de comportar-se, em uma palavra, a conduta social é um dos elementos componentes da cultura, como é cultura um utensílio culinário ou um avião de bombardeio" (op. cit., p. 199; grifado no original).

30. Tal é o pensamento de Carlos Alberto Bitar: "A preocupação com valores coletivos é a tônica no pensamento de nosso século, tendo atestado contra o patrimônio cultural da própria humanidade (violência contra a obra-prima denominada "Pietà") gerado, inclusive em organismos internacionais especializados, movimentos de defesa, bem como expedição de legislação própria no direito interno dos Estados; nesse sentido, a crescente atuação em defesa do patrimônio histórico e cultural, do folclore, do meio ambiente e de outros tantos valores sociais, em que se destacam leis especiais editadas, tanto no exterior, como em nosso país" (*Reparação Civil por Danos Morais*, cit., p. 46, nota 51).

31. V. a vasta bibliografia respeitante aos mencionados valores em Theotonio Negri, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, SP, 1994, pp. 67-68, nota 7 ao art. 3.º do CPC, e p. 665, nota 1 à Lei 7.347/85, 32. *RJTSP* 114/38, maioria.

pública com a finalidade de transferência das instalações de empresa apontada como poluidora;<sup>33</sup> c) o reconhecimento de que determinada coisa tem valor estético, histórico, turístico ou paisagístico pode ser feito pelo Poder Judiciário, não sendo privativo do Legislativo ou do Executivo;<sup>34</sup> d) a denominação de uma rua tem valor histórico, suscetível de ser amparado pela ação civil pública;<sup>35</sup> e) "Ação civil pública. Restauração de área livre, de lazer do povo, prejudicada por iniciativa administrativa tendente à construção de monumento lesivo à unidade e simplicidade da paisagem. Demanda procedente. Sentença mantida em reexame."<sup>36</sup>

O rol de valores citados longe está de ser exaustivo, devendo-se-lhe acrescentar outros de igual importância, sem que se esqueça que "coletividade" é um termo que se refere a grupos humanos de maior ou menor extensão, conforme o caso.<sup>37</sup> Um valor que fica caracterizado precisamente como coletivo é a honra, conforme a demonstração feita a seguir.

Do ponto de vista individual, a honra foi estudada por vários doutrinadores, dentre os quais avulta o imenso Adriano de Cupis:

"A 'honra' significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência da própria dignidade pessoal. Quando entendida unicamente no primeiro sentido, a honra está subtraída às ofensas de outrem e é alheia, por consequência, à tutela jurídica; entendida no segundo e no terceiro significados, está, pelo contrário, exposta

às referidas ofensas. A opinião pública é bastante sujeita à recepção das insinuações e aos ataques de toda a espécie produzidos contra a honra pessoal; assim também o sentimento da própria dignidade é diminuído, ferido, pelos atos referidos. Por consequência, o ordenamento jurídico prepara a reação adequada. Poderemos, pois, dar, no campo jurídico, a seguinte definição de honra: a dignidade pessoal reflectida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa.

A honra, entendida como valor íntimo moral do homem, constitui um bem imensamente precioso, exaltado por poetas e pensadores, proclamado como o mais importante da vida. Mas mesmo sob o aspecto dos mencionados reflexos — aqueles pelos quais interessa ao direito — apresenta uma importância enorme. De facto, a boa fama da pessoa constitui o pressuposto indispensável para que ela possa progredir ao meio social e conquistar um lugar adequado; e, por sua vez, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal representa uma fonte de elevada satisfação espiritual."<sup>38</sup>

É possível bipartir a honra (individual) em: a) objetiva (a reputação e o respeito de que se desfruta no meio social em que se vive); b) subjetiva (estima que cada qual tem de si próprio; sentimento pessoal da própria dignidade, ou de seu valor social).<sup>39</sup>

38. *Os Direitos da Personalidade*, trad., Lisboa, Livraria Moraes, 1961, pp. 111-112. No expressivo dizer de José Casan Toberñas, a honra é "uno de los bienes jurídicos más preciados de la personalidad humana y que puede ser considerado como el primero y más importante de aquel grupo de derechos que protegen los matices morales de esa personalidad" (*Los Derechos de la Personalidad*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1952, p. 49).

39. V., por todos, Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, SP, Saraiva, 1988, v. 2/74, e *Direito Penal Objetivo: Breves Comentários ao Código*, Rio, Forense Universitária, 1989, p. 242.

33. *RT* 634/63.

34. *RJTSP* 122/50.

35. *RT* 657/144.

36. *RJTMS* 139/70.

Sob o prisma coletivo, também se vislumbra claramente a honra — aliás, em ambas as modalidades (objetiva e subjetiva). Ora, assim como cada um goza de reputação e respeito no meio em que vive, também a comunidade — agrupamento de pessoas e, portanto, de núcleos de valores — deve ser respeitada nas suas relações com coletividades outras, ou com indivíduos, ou com pessoas jurídicas (honra objetiva); assim como cada homem tem estrita de si próprio: também a coletividade apresenta sua auto-estima.

Outro valor coletivo é a dignidade nacional, representada pelos símbolos nacionais, a respeito dos quais se manifestou, de maneira bastante feliz, Oberon Pinto Damasceno:

"Símbolos nacionais são emblemas, cantos, distintivos de uma nação. São a figuração viva e perene da alma de um povo, a imagem vibrante e colorida da pátria. São fâmulas, braços, hinos, insígnias que marcam, representam e distinguem um país e despertam em seu povo generoso, forte e acendrado sentimento de patriotismo. São estandartes, divisas e canções que lembram feitos gloriosos, expressam, nas suas cores, formas e melodias, o sentimento nacional e alimentam, pelo muito que significam, a chama do mais elevado fervor cívico e da mais terra devoção.

Os símbolos nacionais têm uma significação histórica porque atuam nos nossos sentidos como a representação viva de um passado inesquecível de glórias e alentadoras conquistas; têm uma significação sociológica porque ligam o homem à sua grei, à sua nação; têm uma significação política porque integram o cidadão, que é a força atuante do Estado, a esta comunidade".<sup>41</sup>

40. "Símbolos Nacionais-II", verbete in *Enciclopédia Saraiva*, cit., v. 69/72.

41. Na Constituição Federal, a respeito, há as seguintes disposições:

"Art. 13. (...)

O Estado, na definição de Dalmo de Abreu Dallari, é a "ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território".<sup>42</sup> Exsurgem dessa definição dois elementos de importância indiscutível: o bem comum e o povo. O bem comum é a finalidade básica do Estado; este, por outras palavras, é o instrumento através do qual se permite o desenvolvimento integral da personalidade humana.<sup>43</sup> O povo, por sua vez, é o conjunto dos indivíduos que se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente.<sup>44</sup> E por meio do Estado, portanto, que o povo pode alcançar o bem comum. Ora, como se percebe, é no bem comum e no povo que vai haurir forças a dignidade nacional, por outras palavras, assenta-se ela na

§ 1.º. São símbolos da República Federativa do Brasil a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais.

§ 2.º. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios".

Na Constituição do Estado de São Paulo, observa-se a seguinte norma:

"Art. 7.º. São símbolos do Estado a bandeira, o brasão de armas e o hino".

Na Lei Orgânica do Município de São Paulo, o dispositivo está assim vazado:

"Art. 1.º. (...)

Parágrafo único. São símbolos do Município a bandeira e o brasão".

42. "Elementos de Teoria Geral do Estado", SP, Saraiva, 1977, p. 104. Como explica o grande jurista, nessa definição "se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território" (*ibidem*).

43. Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos*, cit., pp. 94-95.

44. *Ibidem*, p. 88.

finalidade a que se propõe o Estado e nas pessoas que, com suas tradições, seus costumes, seus valores, suas crenças e sua história, a ele dão existência e sentido. E é precisamente nos símbolos nacionais que tal valor coletivo vai ser materializado.

Com supedâneo, assim, em todos os argumentos levantados, chega-se à conclusão de que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).<sup>45-46</sup>

Ocorrido o dano moral coletivo, que tem um caráter extrapatrimonial por definição, surge automaticamente uma relação jurídica obrigacional que pode ser assim desdichada: a) sujeito ativo: a coletividade lesada (detentora do direito à reparação); b) sujeito passivo: o causador do dano (pessoa física, ou jurídica, ou então coletividade outra, que tem o dever de reparação); c) objeto: a reparação —

que pode ser tanto pecuniária quanto não-pecuniária. Sobre essa relação incide a teoria da responsabilidade civil.

Para a perfeita compreensão da matéria, é indispensável que se ofereçam, a partir de agora, algumas situações em que se pode vislumbrar a ocorrência do dano moral coletivo.

Como primeiro grande exemplo, pode-se lembrar o dano ambiental, consoante as precisas lições de Carlo Castronovo, *in verbis*:

"È chiaro che se si fa riferimento al singolo albero illecitamente abbattuto o alla fauna distrutta, si può ben parlare di danno patrimoniale. Ma non è questo il danno ambientale... Gli è che 'ambiente', come 'paesaggio', come 'habitat', come 'bellezze naturali', è categoria di relazione, che esprime il reciproco porsi di una serie di elementi i quali solo nel loro insieme sono in grado di costituire un valore altro da quello che coincide con la somma dei singoli componenti; valore che, proprio in quanto espressivo della relazione di cui di è detto, risulta intraducibile mediante parametri economici.

(...) Or bene, se il danno all'ambiente è costituito dall'incrinatura della relazione in cui quest'ultimo consiste, onde non può essere confuso con il danno arrecato ai singoli elementi della relazione, una volta chiarito che patrimoniale deve ancora continuare a considerarsi la lesione di quanto è suscettibile di valutazione economica, si deve concludere per la natura non patrimoniale di tale danno".<sup>47</sup>

O dano ambiental não consiste apenas e tão-somente na lesão ao equilíbrio ecológico, afetando igualmente outros valores precípuos da coletividade a ele ligados, a saber: a qualidade de vida e a saúde. E que esses valores estão intimamente inter-relacionados, de modo que a agressão ao ambiente afeta diretamente a

45. V., a respeito, Alfredo Minozzi, *Il Danno Patrimoniale*, Milano, 1917, p. 59. Como diria impecavelmente Roberto H. Brebbia: "... la dimostración importará, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño" (*op. cit.*, p. 95).

46. O esquema da causação do dano moral pode ser equiparado ao dos crimes formais, ou de mera conduta (v., sobre eles, por todos, Paulo José da Costa Jr., *Direito*, cit., p. 22).

47. "La Nuova Responsabilità Civile — Regola e Metatona", Milano, Giuffrè, 1991, pp. 161-162.

saúde e a qualidade de vida da comunidade. Tal entendimento é reforçado por Luís Felipe Colaço Antunes, segundo o qual "a necessidade de uma noção unitária de ambiente resulta não só da multiplicidade de aspectos que caracterizam as atividades danosas para o equilíbrio ambiental, por conseguinte de uma planificação global, mas também da necessidade de relacionar o problema da tutela do ambiente com os direitos-fundamentais da pessoa, nomeadamente o da saúde";<sup>48</sup> e pelo legislador constituinte brasileiro de 1988, ao estatuir, no art. 225 da vigente Carta Magna, que todos "tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".<sup>49</sup>

O dano ambiental é particularmente perverso porque rompe o equilíbrio do ecossistema, pondo em risco todos os elementos deste. Ora, o meio ambiente é caracterizado pela interdependência e pela interação dos vários seres que formam,<sup>50</sup>

48. *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo — para uma Legitimação Processual*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 47.

49. A título de ratificação de nossas ideias, pode ainda ser lembrado o ensinamento de Helia Barreira Custódio:

"Mais do que nunca, nos últimos anos, a poluição do meio ambiente, como fator negativo do veloz e tumultuoso progresso, vem assumindo dimensões enormes, já alarmantes e preocupantes, o que impõe a imprescindibilidade de medidas urgentes e necessárias ao justo equilíbrio entre os fatores positivos do desenvolvimento científico e tecnológico atual e seus inevitáveis efeitos prejudiciais à própria vida" (*Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente*, SP, 1983, tese, pp. 1-2; grifado no original).

50. É exatamente isso que deflui da leitura de dois textos legais de grande importância: "Ambiente é o conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos fatores

de sorte que os resultados de cada ação contra a Natureza são agregados a todos os danos ecológicos já causados (efeito cumulativo)".<sup>51</sup>

Outro bom exemplo de dano moral coletivo é a violação da honra de determinada comunidade (a negra, a judaica, etc.) através de publicidade abusiva, a qual é proibida pela legislação pátria, sendo assim definida: "É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança".<sup>52</sup>

econômicos, sociais e culturais com efeito direto ou indireto, imediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida dos homens." (*Lei de Bases do Ambiente*, de Portugal — Lei 11/87 —, art. 5.º, n. 2, a), "Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

1 — Meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, obriga e rege a vida em todas as suas formas" (*Lei 6.938/81*, do Brasil, art. 3.º, I).

51. Acerca disso, escrevemos nós na primeira página do pequeno ensaio "The Protection of the Environment: a Must in the Modern World", premiado pela Associação *Alumni* em 1989: "What must be taken into consideration but has been frequently forgotten is that life on the earth is all interdependent and that, for this reason, the results of each action against nature are added to the whole of the environmental damage that has been done already".

52. *Lei 8.078/90*, art. 37, § 2.º, Dec. 861/93, art. 21, § 2.º. A espécie de publicidade abusiva de que se está tratando é a publicidade discriminatória, claramente explicada por Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin: "A *Publicidade Discriminatória* — É abusiva a publicidade que discrimina o ser humano, sob qualquer ângulo ou pretexto. A discriminação pode ter a ver com a raça, com o sexo, com a preferência sexual, com a condição social, com

Para finalizar a exemplificação, poder-se-ia mencionar o desrespeito à bandeira brasileira — a qual corporifica, como já se ressaltou, a dignidade nacional —, através, e.g., de ultrajes, insultos e ofensas públicas.<sup>53-54</sup>

Definidos, assim, os contornos do dano moral coletivo, pode-se passar ao estudo da participação do direito processual nesse contexto.

### 3. Participação do direito processual no contexto do dano moral coletivo

Estamos hoje num cenário de franca mutação no modo de encarar o relacionamento entre o direito processual e o direito material. Exaurim-se as visões que tendem a hipervalorizar um ou outro isoladamente, apresentando um vulto cada vez maior a visão que reconhece o íntimo relacionamento que entre eles existe. É o que nos mostra Cândido Rangel Dinamarco:

"Direito e processo constituem dois planos verdadeiramente distintos do ordenamento jurídico, mas estão unidos pela unidade dos escopos sociais e políticos, o que conduz à relativização desse binômio direito-processo (*substance-procedure*). Essa é uma colocação acenadamente instrumentalista, porque postula a visão do processo, interpretado de suas normas e solução empírica dos seus problemas, à luz do direito material dos valores que lhe estão à base..."<sup>55</sup>

Essa novel mentalidade é que justifica e até mesmo impõe a existência desta

parte do trabalho — este ficaria indubitavelmente incompleto se deixasse de apreciar o arcabouço processual de que se pode servir a coletividade quando se vê ferida em seus valores, em sua moralidade.

O instrumento processual que se presta por excelência à defesa dos valores coletivos em geral, na hipótese de dano, é a ação civil pública, em virtude da regra aberta acolhida pelo art. 1.º, IV, da Lei 7.347/85, diploma sobre o qual, aliás, muito se tem escrito,<sup>56</sup> o que nos dispensa de uma averiguação mais profunda a seu respeito: cingir-nos-emos, assim, a tecer algumas considerações sobre a legitimação ativa.

Acreditamos que seria fundamental que se acrescentasse o cidadão ao rol do art. 5.º do diploma legal em tela, na hipótese de dano ambiental. Como já tivemos a oportunidade de expor em trabalho recentemente publicado sobre o assunto, as razões são várias:

"A uma, estimular-se-ia a propositura de ações civis públicas.

A duas, o cidadão sentir-se-ia mais responsável pelo meio que o cerca, zelando pela defesa do patrimônio ecológico e policiando os atos dos demais.

A três, possibilitar-se-ia uma prestação jurisdicional mais rápida e efetiva, principalmente em locais em que se não faça sentir a presença do Ministério Público ou de associação que preencha os requisitos legais.

A quatro, estar-se-ia levando em consideração o fato de que, mesmo não podendo ter, tecnicamente falando, legitimação ordinária, já que se trata de interesses coletivos ou difusos, o cidadão pertence à comunidade (indeterminada, ou indeterminável) deles detentora.

A cinco, fortalecer-se-ia, no brasileiro, o espírito coletivo, ainda tão frágil. Nesse particular, a ação civil pública atuaria como poderoso instrumento de supera-

53. Digam-se o mesmo com relação a qualquer outro símbolo nacional, estadual ou municipal.

54. A regulamentação do uso da bandeira nacional é feita pela Lei 5.700, de 1.9.74.

55. *A Instrumentalidade do Processo*, SP, 1986, tese, p. 304; grifos no original.

56. V., a respeito, a nota 31.

ção do individualismo, tão arraigado em nosso caráter, permitindo-nos pensar um pouco mais no todo, no coletivo.

A seis, estar-se-ia reconhecendo, oficialmente, a analogia entre a ação civil pública e a ação popular, fechando-se o ciclo de proteção ao meio ambiente. Ora, o cidadão individualmente considerado pode litigar, *e.g.*, com um poluidor para defender um interesse próprio e legítimo, por meio de ação de indenização, ou para aquele recompor os danos causados ao meio ambiente, através da ação popular, que, contudo, não se presta à plena defesa ambiental, sendo somente viável nas hipóteses de agressões por atividades dependentes de autorizações, para o seu exercício, do Poder Público (...).<sup>57-58</sup>

Ademais, deve-se asseverar que a determinação da legitimação ativa, na prática, há de ser feita com muita cautela, a fim de que a ação civil pública logre êxito. Assim, *v.g.*, no caso de insulto à

57. "Tutela do Meio Ambiente: a Legitimação Ativa do Cidadão Brasileiro", in RT 698/14-15. Poder-se-ia aproveitar, aqui, a experiência da ação penal privada subsidiária, possibilitando-se ao Ministério Público, na esteira do disposto no art. 29 do CPP, por analogia, "intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso", e, a todo tempo, no caso de negligência do cidadão, "retomar a ação como parte principal".

58. O que reforça ainda mais a nossa convicção é a experiência norte-americana, com efeito, qualquer cidadão, nos EUA, ainda que não pessoalmente interessado, pode agir em juízo contra sujeitos privados ou entes públicos que provoquem a poluição da atmosfera (cf. Mauro Cappellotti, "Formazioni Sociali e Interessi di Gruppo davanti alla Giustizia Civile", in *Rivista di Diritto Processuale*, 30/386, 1975). Poder-se-ia mesmo defender a aplicação da tese da legitimação ativa do cidadão fora dos limites do meio ambiente, a exemplo do que ocorre nos EUA, em que casos já houve nos quais um único indivíduo agiu para tutelar interesses de milhares de pessoas, normalmente não-identificáveis, na defesa de *civil rights*, de direitos do consumidor, etc. (idem, *ibidem*, p. 388).

bandeira estadual paulista, o legitimado para a propositura da ação será o Estado de São Paulo, através de sua Procuradoria Geral;<sup>59</sup> na hipótese de ataque à honra da comunidade negra de uma certa localidade, legitimados serão o Ministério Público e eventual associação que preencha os requisitos do art. 5.º, I e II, da Lei 7.347/85.

Outro instrumento processual que deve ser mencionado é a ação popular, a respeito da qual também há farta bibliografia.<sup>60</sup> A medida de sua importância prática no campo em estudo é dada pela ilustre jurista Ada Pellegrini Grinover:

"Lembre-se, *v.g.*, a ação popular intertada contra a construção do aeroporto internacional de São Paulo, para proteger as matas de Caucaia; contra o aterro parcial da lagoa Rodrigo de Freitas, para proteger a paisagem; contra o aeroporto de Brasília, por questões estéticas; contra a demolição do Colégio Caetano de Campos, em São Paulo, para preservar seu valor histórico e artístico; contra o plano de esgotos "Sanegran", em São Paulo, para preservar o meio ambiente e a saúde pública; contra a instalação de quiosques e toldos visando a atividades comerciais, em praça pública da estação hidromineral de Águas de Lindóia; contra a construção de prédios, de apartamentos em uma praia de Itanhaém, no litoral de São Paulo etc."<sup>61</sup>

59. O órgão específico responsável pela representação do Estado de São Paulo como autor da ação civil pública é a Procuradoria Judicial, órgão de execução do Contencioso Geral (LC Estadual 478, de 18.7.86, art. 17).

60. Uma boa indicação de textos sobre a matéria é feita por Theotônio Negrão, *op. cit.*, pp. 675-676, nota 1 à Lei 4.717/65.

61. "Interesses Difusos", verbete da *Enciclopédia Saraiva*, cit., v. 45/472, nota 74. Também é importantíssima a presença da ação civil pública na realidade presente: só pelo Ministério Público de São Paulo já foram propostas, até dezembro de 1991, 760 ações ambientais (cf. Edis Milare, "Tutela Jurisdicional do Ambien-

A pertinência da ação popular no campo do dano moral coletivo é assaz reforçada pelo saudoso Hely Lopes Meirelles:

"Embora os casos mais frequentes de lesão se refiram ao dano pecuniário, a lesividade a que alude o texto constitucional tanto abrange o patrimônio material quanto o moral, o estético, o espiritual, o histórico. Na verdade, tanto é lesiva ao patrimônio público a alienação de um imóvel por preço vil, realizada por favoritismo, quanto a destruição de um recanto ou de objetos sem valor econômico, mas de alto valor histórico, cultural, ecológico ou artístico para a coletividade local".<sup>62</sup>

Dignas de elogio são as normas consantes dos arts. 3.º, 11 e 13 da Lei 7.347/85, por força dos quais, respectivamente, a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer; na ação que tenha por objeto 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; havendo condenação em di-

te", in RT 676/58, nota 20; afinal a Lei 7.347/85, postos na balança seus avanços e suas deficiências, apresenta um saldo "grandemente positivo", consoante o festejado Hugo Negro Mazzilli (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, SP, RT, 1988, p. 114).

62. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, SP, 1994, p. 89. A própria Constituição Federal de 1988 reza que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência" (art. 5.º, LXXXIII).

nheiro, 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.<sup>63</sup> Aliás, a imposição judicial de fazer ou não fazer "é mais racional que a condenação pecuniária, porque, na maioria dos casos, o interesse público é mais o de obstar à agressão ao meio ambiente ou obter a reparação direta e *in specie* do dano que receber qualquer quantia em dinheiro para sua recomposição, mesmo porque quase sempre a consumação da lesão ambiental é irreparável, como ocorre no desmatamento de uma floresta natural, na destruição de um bem histórico, artístico ou paisagístico, assim como no envenenamento de um manancial, com a mortandade da fauna aquática".<sup>64</sup>

Em havendo condenação em dinheiro, deve aplicar-se, indubitavelmente, a técnica do valor de desestímulo, a fim de que se evitem novas violações aos valores coletivos, a exemplo do que se dá em tema de dano moral individual; em outras palavras, o montante da condenação deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor; para tanto, há que se obedecer, na fixação do *quantum debetur*, a determinados critérios de razoabilidade elencados pela doutrina (para o dano moral individual, mas perfeitamente aplicáveis ao coletivo), como, *v.g.*, a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato.<sup>65</sup>

63. O fundo mencionado, no âmbito federal, está regulamentado pelo Dec. 92.302, de 16.1.86; no Estado de São Paulo, v. o Dec. 27.070, de 8.6.87, que disciplina o Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

64. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*, cit., pp. 127-128.

65. Sobre os critérios, v. as seguras lições de Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., 7.ª v., p. 104.



## 4. Considerações finais

Vem a teoria da responsabilidade civil dando passos decisivos rumo a uma coerente e indispensável coletivização. Substituindo, em seu centro, o conceito de ato ilícito pelo de dano injusto, tem ampliado seu raio de incidência, conquistando novos e importantes campos, dentro de um contexto de renovação global por que passa toda a Ciência do Direito, cansada de velhas concepções e teorias.

É nesse processo de ampliação de seus horizontes que a responsabilidade civil encampa o dano moral coletivo, aumentando as perspectivas de criação e consiliação de uma ordem jurídica mais justa e eficaz.

Conceituado como a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, o dano moral coletivo é produto de ação que toma de assalto a própria cultura, em sua faceta imaterial. Diante, pois, da evidente gravidade que o dano moral coletivo encerra, exsurge a necessidade de sua efetiva coibição, para a qual está o ordenamento jurídico brasileiro relativamente bem equipado, contando com os valiosíssimos préstimos da ação civil pública e da ação popular, instrumentos afinados da orquestra regida pela avançada Carta Magna de 1988.

Seja protegendo as esferas psíquica e moral da personalidade, seja defendendo a moralidade pública, a teoria do dano moral, em ambas as dimensões (individual e coletiva), tem prestado e prestará sempre inestimáveis serviços ao que há de mais sagrado no mundo: o próprio homem, fonte de todos os valores.

## Bibliografia

ALTERINI, Atilio Anibal. *Responsabilidade Civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976.

ANTUNES, Luis Felipe Calça. *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo — para uma Legitimação Processual*. Coimbra, Almedina, 1989.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. "Ciência do Direito, Negócio Jurídico e Ideologia", em *Estudos em Homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues*, S. Paulo, Saraiva, 1989.

— "A Boa Fé na Formação dos Contratos", em *Direito do Consumidor*, S. Paulo, RT, 1992.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil nas Atividades*, S. Paulo, RT, 1985.

— *Responsabilidade Civil — Teoria & Prática*, Rio, Forense Universitária, 1989.

— *Curso de Direito Civil*, Rio, Forense Universitária, 1994.

— *Reparação Civil por Danos Morais*, S. Paulo, RT, 1993.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *The Serious Contrasts in the Modern World*, S. Paulo, Associação "Alumni", 1988.

— *The Protection of the environment: a Must in the Modern World*, S. Paulo, Associação "Alumni", 1989.

— "Tutela do Meio Ambiente: a Legitimação Ativa do Cidadão Brasileiro", em *RT* 698, S. Paulo, RT, 1993.

BONVICINI, Eugenio. *La Responsabilità Civile*, Milano, Giuffrè, 1971, t. I.

BREBBIA, Roberto H. *El Daño Moral*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1950.

BRIZ, Jaime Santos. *La Responsabilidad Civil — Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, Madrid, Montecorvo, 1977.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização*, S. Paulo, RT, 1980.

CAPPELLETTI, Mauro. "Formazioni Sociali e Interessi di Gruppo davanti alla Giustizia Civile", em *Rivista di Diritto Processuale* 30/386, 1975.

CASTRONOVO, Carlo. *La Nuova Responsabilità Civile — Regola e Metafora*, Milano, Giuffrè, 1991.

COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1988, v. 2.

— *Direito Penal Objetivo: Breves Comentários ao Código*, Rio, Forense Universitária, 1989.

CUSTÓDIO, Heliá Barreira. *Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente*, S. Paulo, 1983, (tese).

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, S. Paulo, Saraiva, 1977.

DAMASCENO, Omemor Pinto. "Símbolos Nacionais — II", em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, S. Paulo, Saraiva, 1977, v. 69.

DECUPIS, Adriano. *Il Danno*, Milano, Giuffrè, 1979, v. I.

— *Os Direitos da Personalidade*, trad., Lisboa, Livraria Moraes, 1961.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, S. Paulo, (tese), DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, S. Paulo, Saraiva, 1984, 7.º v. ("Responsabilidade Civil").

ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor e WOLFF, Martin. *Derecho de Obligaciones*, trad., Barcelona, Bosch, 1966, v. II.

FERNANDES, Francisco. *Dicionário Brasileiro Contemporâneo*, Porto Alegre, Globo, 1975.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*, S. Paulo, Saraiva, 1988.

— *Manual de Direito Civil*, S. Paulo, RT, 1975, 1.º v.

GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, S. Paulo, RT, 1967.

— *Obrigações*, Rio, Forense, 1976.

— "Tendências Modernas na Teoria da Responsabilidade Civil", em *Estudos em Homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues*, S. Paulo, Saraiva, 1989.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*, S. Paulo, Max Limonad, 1957, v. XII, t. II.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Interesses Difusos", em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, S. Paulo, Saraiva, 1977, v. 45.

— (et al.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio, Forense Universitária, 1991.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, trad., Buenos Aires, Bosch, 1951, t. II, v. I.

LALOU, Henri. *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*, Paris, Dalloz, 1949.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, trad., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958.

LOPES, Miguel Maria de Sampa. *Curso de Direito Civil*, Rio, Freitas Bastos, 1964, v. V.

MAZEAUD, Henri, Léon e Jean. *Leçons de Droit Civil*, Paris, Montchrestien, 1973, t. II, v. I.

MAZZILLI, Hugo Negro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, S. Paulo, RT, 1988.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, S. Paulo, 1994.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, Giuffrè, 1958, v. V.

MILARÉ, Edis. "Tutela Jurisdicional do Ambiente", em *RT* 676, S. Paulo, RT, 1992.

MINOZZI, Alfredo. *Il Danno non Patrimoniale*, Milano, 1917.

MIOTTO, Armida Bergamini. "Comunidade", em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, S. Paulo, Saraiva, 1977, v. 16.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos", em *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, S. Paulo, Saraiva, 1984.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, S. Paulo, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, Rio, Forense, 1989.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Ed., 1976.

PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, t. VI.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, S. Paulo, Saraiva, 1962, v. I.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, S. Paulo, Saraiva, 1977, v. IV (Responsabilidade Civil).

ROSA, F. A. de Miranda. *Sociologia do Direito — o Fenômeno Jurídico como Fato Social*, Rio, Zahar, 1974.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio, Freitas Bastos, 1963, v. III.

## DOCTRINA

OS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS  
E A LEI ANTITRUSTE

LUÍS DANIEL PEREIRA CINTRA

Procurador de Justiça, Coordenador do Centro  
de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça  
do Consumidor do Estado de São PauloSAVATIER, René. *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. Paris, Dalloz, 1964.SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio, Forense, 1955.TOBENAS, José Castán. *Los Derechos de la Personalidad*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1952.VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Rio, José Olympio, 1955, 1.º v. (*Fundamentos Sociais do estado*).YAGÜEZ, Ricardo de Angel. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid, Civitas, 1993.

## 1. Introdução

Recentemente, entrou em vigor entre nós a Lei 8.884, de 11.6.94 — Lei Antitruste —, editada com o objetivo de prevenir e reprimir, de modo mais eficiente, as infrações contra a ordem econômica, como tais compreendidos, “independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I — limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II — dominar mercado relevante de bens ou serviços; III — aumentar arbitrariamente os lucros; IV — exercer de forma abusiva posição dominante”<sup>1</sup>.

Trata-se, sem dúvida, de instrumento legal de importância vital, especialmente no presente momento, em que nos avizinhos da implantação de nova moeda — o Real —, circunstância provavelmente capaz, como de outras vezes semelhantes, de estimular ações contrárias à estabilização econômica (remarcações, ajustes etc).

## 2. Alguns pontos interessantes da legislação

O exame da legislação referida revela, de modo inequívoco, a disposição do

<sup>1</sup>Art. 20 da Lei 8.884/94.

legislador de fortalecer a atuação no âmbito administrativo. Nesse sentido, deferiu-se ao CADE, agora transformado em autarquia federal, competência, dentre o mais, para, como órgão julgante, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades respectivas (art. 7.º, inc. II), constituindo a sua decisão título executivo extrajudicial, passível, portanto, de execução direta (art. 60).

O novo diploma marca, também, pela penalização rigorosa das infrações nele contempladas. A multa, por exemplo, vai de 1 a 30% do faturamento bruto da empresa no último exercício, jamais devendo ser inferior à vantagem por ela auferida com a prática condenada (art. 23, inc. I). Espera-se, com isso, que a lei surta como efeito o desestímulo às práticas por ela condenadas.

Outro ponto bastante positivo da legislação em comento é a indicação, nela, de alguns parâmetros para que se faça o exame a respeito do que deve ser entendido como aumento arbitrário dos lucros. Com efeito, dispõe ela que “na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerará-se: I — o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificadas pelo comportamento dos custos dos respectivos insumos, ou pela introdução de