

A concretização da dignidade coletiva por meio do dano moral coletivo *

Michelle Amorim Sancho Souza[†]

RESUMO

O dano moral coletivo se apresenta como uma forma de concretização da dignidade coletiva, ao reparar a ofensa contra os direitos coletivos lato sensu. Assim, a existência do dano moral coletivo - que decorre do conceito constitucional de dignidade coletiva - é analisado a partir da evolução jurisprudencial dos Tribunais Superiores. Para tanto, a pesquisa empreende uma revisão da literatura e análise dos precedentes sobre dano moral coletivo, do STF (Supremo Tribunal Federal) e o STJ (Superior Tribunal de Justiça), inseridos em seus sítios eletrônicos. O estudo argumenta que a concretização da dignidade coletiva, inclusive com o arbitramento de indenização pelo dano causado, coibindo atos atentatórios aos direitos coletivos lato sensu, reforça na comunidade a noção de pertencimento.

Palavras-chave: Dano moral coletivo. Dignidade coletiva. Direitos coletivos. Tutela coletiva.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente há uma preocupação constante por parte do Poder Judiciário com a efetivação da tutela coletiva, pois, para proteger direitos cuja titularidade pertence à pessoa humana, foi necessário o desenvolvimento de mecanismos processuais a fim de propiciar meios reparatórios, educativos e preventivos para combater lesões feitas a essa espécie de direitos fundamentais. Por não mais persistir a visão clássica relativa ao processo, as ações coletivas passaram a ocupar um lugar de primazia junto à função jurisdicional.

Nesse contexto, surge o dano moral coletivo, expressão extrapatrimonial do dano social, como forma de concretizar a dignidade coletiva e reparar a ofensa contra os direitos coletivos *lato sensu*, os quais estão descritos ao longo do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, o objetivo deste estudo é demonstrar a existência do dano moral coletivo, cuja fundamentação decorre da existência do conceito constitucional da dignidade coletiva; examinar a evolução jurisprudencial dos Tribunais Superiores no tocante ao tratamento dessa matéria e, por fim, fixar os parâmetros para a condenação a esse dano, a fim de que o magistrado

* Artigo recebido em 15/11/2014 e aceito em 26/04/2015.

[†] Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Juíza no estado do Maranhão, Brasil.

arbitre a quantia monetária em um patamar constitucionalmente adequado.

A técnica de pesquisa utilizada no desenvolvimento deste artigo foi, essencialmente, a revisão bibliográfica, com enfoque na busca realizada nos sítios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal a respeito da expressão dano moral coletivo. Dessa forma, o trabalho aborda no primeiro tópico a análise da dignidade da pessoa humana e, posteriormente, o desenvolvimento do conceito constitucional da dignidade coletiva como sustentáculo dos direitos coletivos *lato sensu*. Em seguida, as espécies de direitos coletivos, bem como os mecanismos processuais existentes para a sua tutela. Finalmente, o dano moral coletivo é verificado a partir de sua fundamentação constitucional, estudo dos casos concretos para fomento ou não de sua existência e diretrizes para a fixação de seu arbitramento pelo magistrado.

Feitas essas considerações, tencionamos, portanto, demonstrar a relevância do dano moral coletivo como forma de concretizar a dignidade coletiva, a qual não pode ser lesionada sob pena de desprezo aos valores da sociedade brasileira.

2. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À DIGNIDADE COLETIVA.

Com o final da Segunda Guerra Mundial, o ser humano retorna ao seu local de primazia na ciência do Direito e há, conseqüentemente, uma preocupação dos ordenamentos jurídicos europeus, notadamente o alemão e o italiano, para a concretização da dignidade da pessoa humana (BARROSO, *on-line*). É claro que esse conceito não remonta o seu início ao século XX, porém a dignidade humana representa o conceito central do Estado constitucional e democrático contemporâneo (BARZOTTO, 2010, p. 39-40).

Dessa forma, embora não seja o objetivo primordial deste artigo, podemos definir a dignidade humana como valor-fonte do qual brotam todos os direitos e deveres fundamentais (MIRANDA, 2008, p. 197). Foi elencada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil no artigo 1º, III, da Constituição Federal (CF), bem como é mencionada em outros dispositivos constitucionais, como o reconhecimento da dignidade tanto de crianças e adolescentes (artigo 227, CF) quanto de idosos (artigo 230, CF).

Feita essa inicial delimitação conceitual, Ingo Sarlet (2009) identifica cinco dimensões dessa definição, quais sejam: ontológica, social,¹ histórico-cultural, autonômica e prestacional.

¹ Ressaltamos que a dimensão social ou coletiva da dignidade da pessoa humana não se confunde com o conceito da dignidade coletiva, porque enquanto aquela é o reconhecimento do outro como ontologicamente digno, isto é, conforme Costa (2009, p. 59) “há um dever geral de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos”, esta é um valor pertencente a todo o povo brasileiro, consoante será demonstrado ao longo do trabalho.

A concretização da dignidade coletiva por meio do dano moral coletivo

Em síntese, essas dimensões podem ser expressas na lição de Jesús González Pérez (2011, p. 27) como:

La dignidad de la persona no admite discriminación por razón de nacimiento, raza o sexo; opiniones e creencias. Es independiente de la edad, inteligencia y salud mental; de la situación en que se encuentre y de las cualidades, así como de la conducta y comportamiento.

Portanto, a sedimentação da dignidade humana no pós-guerra levou, inevitavelmente, ao fortalecimento do núcleo primeiro de proteção dos direitos fundamentais, por isso a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 esboça, logo em seu início, que a dignidade, inerente a todos os membros da família humana, é o fundamento da liberdade. No entanto, a tutela da liberdade, por si só, não é capaz de proteger a visão holística que devemos ter do ser humano, o qual sem a promoção de saúde, educação, moradia, defesa do consumidor, meio ambiente, entre outros direitos igualmente fundamentais, não pode ter uma existência digna. Nessa ótica, leciona Luísa Cristina Pinto e Netto (2009, p. 54):

A dignidade da pessoa humana não se efetiva e garante apenas com a liberdade, como também não se torna plena somente com a garantia de prestações estatais materiais, os direitos fundamentais devem ser efetivados em seu conjunto coerente em prol da plenitude da dignidade da pessoa humana.

Essa passagem do estado liberal até o social sedimentou a ideia de que o intervencionismo estatal (BONAVIDES, 2007), por meio da consagração nos atuais discursos constitucionais de inúmeros direitos sociais, econômicos e culturais, é necessário para a promoção do gênero humano. Havia uma ficção no liberalismo de que o indivíduo autocrático da sociedade burguesa era autossuficiente. No entanto, “surgiu a imagem de um indivíduo simultaneamente necessitado do Estado e responsável na comunidade social” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 68). Portanto, nessa mesma forma de Estado, que na atualidade se encontra em uma possível crise (NETTO, 2009), começa a surgir a preocupação não somente com o indivíduo particularmente considerado, mas com o desenvolvimento de sua existência em sociedade.

A solidariedade, reconhecida desde Aristóteles (apud MORRIS, 2002) como característica inerente ao ser humano, nos conduz à existência de direitos fundamentais, cuja titularidade pertence à coletividade. Seriam, pois, o terceiro núcleo de proteção dos direitos fundamentais, os quais são “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade” (BONAVIDES, 2008, p. 569), preocupados, em suma, com a construção de uma sociedade mais solidária, consoante artigo 3º, I, CF.

Atrelado a isso, a fundamentação para o reconhecimento desses direitos perpassa,

obrigatoriedade, pela dignidade coletiva, que lhe dará suporte dogmático-jurídico para a tutela coletiva. Ressaltamos que tal definição não está somente atrelada ao terceiro núcleo de proteção dos direitos fundamentais, mas, no presente artigo, daremos ênfase a essa relação.

Dessa forma, como o povo, na lição de Pontes de Miranda (1987, p. 178), é o detentor do poder estatal, será titular de uma dignidade própria, a qual, por meio da consciência jurídica, será refletida pelo texto constitucional na positivação da identidade brasileira. É a dignidade coletiva “o valor essencial, protegido por toda a comunidade, a qual engloba todos os anseios captados pela consciência jurídica e espalhados na identidade constitucional (SOUZA, 2012, p. 67-68). Por isso a necessidade de inculcar a noção de pertencimento do brasileiro à comunidade pátria que é titular de seu direito.

É claro que tanto a dignidade humana quanto a coletiva coexistem harmoniosamente no sistema jurídico, porque aquela é pressuposto desta, juntamente com a consciência jurídica e a identidade constitucional, as quais formam o tripé de sustentação de novo conceito. Então, a sociedade passa a ser vista como titular de direitos e deveres fundamentais, porém sem se encontrar em um contexto totalitário, já que as individualidades continuam a ser preservadas por meio do reconhecimento inequívoco da dignidade da pessoa humana. Assim, como cada um de nós participou da construção do ordenamento jurídico, há um dever de proteção que emana da coletividade, caso essa dignidade social seja malferida, tal qual ocorre, por exemplo, com a inconstitucionalidade por omissão.

A preocupação no desenvolvimento da dignidade coletiva neste trabalho é fundamentar a existência dos direitos coletivos *lato sensu*, bem como, em caso de sua violação, a possibilidade de fixação do dano moral coletivo. A partir da compreensão do conceito de dignidade coletiva, avançaremos para o estudo dos direitos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro e os seus instrumentos de tutela perante o Poder Judiciário.

3. OS DIREITOS COLETIVOS E OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA.

Na classificação de Karel Vasak (*apud* BONAVIDES, 2008, p. 569), os direitos relacionados à defesa do meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao desenvolvimento são exemplos de direitos coletivos, porque envolvem a pessoa humana como destinatária.

O atual discurso constitucional aborda, juntamente com os clássicos direitos de defesa e à prestação, os coletivos, os quais podem ser encontrados no artigo 5º, quando se trata, exemplificativamente, da defesa do consumidor (artigo 5º, XXXII, CF) e da proteção ao

patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico-cultural no contexto da ação popular (artigo 5º, LXXIII, CF).

A partir das ilustrações dos mais variados direitos coletivos, verificamos que todos possuem, além da titularidade coletiva, a tutela da solidariedade. Nesse sentido, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 72) explicam que:

Uma situação diferente se configura com o surgimento dos denominados novos direitos coletivos que são direitos de natureza coletiva, muitas vezes denominados de “direitos difusos” que começaram a ser garantidos no século XX, sobretudo após a Segunda Guerra mundial e constituem verdadeiros direitos de titularidade coletiva ou mesmo difusa. (grifos do autor)

Destacamos, então, que a solidariedade, aqui utilizada como sinônimo de fraternidade, tenciona não fomentar o coletivismo jusfundamental (NABAIS, *online*), mas a própria noção de dignidade coletiva, porque aquela é compreendida como uma manifestação da justiça, ao ocorrer tanto na ação em favor do bem individual quanto do bem comum (LORENZO, 2010). Trata-se, indubitavelmente, de princípio constitucional insculpido no artigo 3º, I, CF. Além disso, não podemos confundir a solidariedade com dignidade coletiva, tendo em vista que esta é formada pelos valores fundamentais de certa coletividade, os quais merecem uma proteção de toda a sociedade, enquanto a solidariedade é uma característica necessária para a vida em comunidade.

Tendo em conta essas diferenciações preliminares para o entendimento acerca dos direitos coletivos *lato sensu*, nos termos do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) temos que são espécies desses direitos: os difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos.

Para Teori Zavascki (2011), os direitos transindividuais compreendidos como as duas primeiras espécies, não apresentam titularidade individualizada, e são materialmente indivisíveis. Assim, os direitos difusos são verificados a partir de uma circunstância de fato que une os seus destinatários, ainda que indeterminados, tal qual ocorre com as agressões perpetradas contra o meio ambiente. Em relação aos direitos coletivos *stricto sensu*, a titularidade é vista por meio de uma relação jurídica-base, em que categoria ou classes de pessoas estão ligadas à parte contrária, como ocorre com o reajuste abusivo de mensalidades escolares.² Já os individuais homogêneos são acidentalmente coletivos, porque a titularidade é

² Importante destacarmos que o Supremo Tribunal Federal (STF), no enunciado da súmula 643, sedimentou o entendimento de ser possível que o Ministério Público tenha legitimidade para propor ação civil pública (ACP) cujo fundamento seja a ilegalidade no reajuste das mensalidades escolares.

determinada ou determinável, porquanto os interesses dos titulares possuem uma origem comum, embora seja imprescindível à tutela dispensada ser coletiva para fins de obtenção da proteção constitucionalmente mais adequada (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2011).

Assim, para existir uma defesa constitucionalmente adequada dos direitos coletivos pelo Poder Judiciário, o ordenamento jurídico pátrio possui um subsistema processual específico para a tutela coletiva, formado notadamente pelo CDC, Lei n. 7.347/1984 – Lei da Ação Civil Pública (LACP) e Lei n. 4.717/1965 – Lei da Ação Popular (LAP), pois o Código de Processo Civil (CPC) apenas reconhece a possibilidade da coisa julgada entre as partes, não prejudicando terceiros, de acordo com o artigo 506, CPC, fato esse que impossibilita, em um primeiro momento, uma solução processual apropriada para as demandas coletivas. Assim, apresentamos a lição de Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 49-50) a respeito da visão tradicional do processo civil:

Era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.

Nesse sentido, a tutela coletiva representa a segunda onda idealizada pelos autores citados (CAPPELLETTI; GARTH, 1998) para o acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, CF), pois, a partir do instante em que há o fortalecimento do Ministério Público como função essencial à Justiça (artigo 127, CF), a legitimação reconhecida ao cidadão para a interposição da ação popular (artigo 5º, LXXIII, CF c/c artigo 1º, LAP)³ e das associações de classe e da Defensora Pública para a defesa coletiva (artigo 1º, LACP), a função jurisdicional estará mais próxima de efetivar o dano moral coletivo.

Observamos nessas demandas a universalização da jurisdição, tendo em vista que, sendo procedente a ação coletiva, a sentença terá efeitos *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão, consoante disposição contida no artigo 16, LACP.⁴ Essa

³ A LAP, em seu artigo 1º, § 3º, esclarece que a prova da cidadania será feita mediante o título eleitoral ou documento que a ele corresponda. Infelizmente, o dispositivo em comento trouxe um conceito restrito de cidadania, ao atrelar esse fundamento de nossa República (artigo 1º, II, CF) ao exercício do voto. Para José Afonso da Silva (2009, p. 104) a cidadania vai além de ser meramente titular de direitos políticos, pois significa afirmar que o indivíduo é reconhecido como integrante da sociedade estatal.

⁴ Ressaltamos que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admite que a coisa julgada em ACP possa ir além dos limites da competência territorial do órgão prolator, pois deve respeitar os limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, bem como se aproxima tal instituto, no plano coletivo, de uma norma legal, devido à sua abrangência (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.377.400-SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorridos: Estado de Santa Catarina e Município de Lages. Relator: Ministro Og

característica é inerente ao processo coletivo em virtude do interesse que tutela, qual seja, um direito, cujo destinatário é a sociedade. Por isso que o provimento jurisdicional também deverá ser acompanhado pela sociedade inteira.

Feitas essas considerações sobre os aspectos processuais da tutela coletiva no Brasil, seguimos para a análise do dano moral coletivo.

4. O DANO MORAL COLETIVO

Inicialmente, esclarecemos que a conceituação do dano moral coletivo aqui desenvolvida parte de um enfoque constitucional relacionado à dignidade coletiva. Posteriormente, analisamos a evolução jurisprudencial dessa temática, com base nos principais casos analisados pelo STJ e STF e, por fim, examinamos a discussão relativa à quantificação desse dano pelo Poder Judiciário.

A ciência jurídica ainda não encontrou outra forma mais eficaz de reparação do dano extrapatrimonial⁵, como, por exemplo, o decorrente de um ilícito penal⁶ ou de ofensa aos direitos da personalidade, que não seja por meio, principalmente, da pecúnia.⁷ Somente o dano material, nessa perspectiva, é possível de se verificar, de fato, o prejuízo econômico causado ao lesado.

A partir dessa ideia inicial, destacamos que o dano, seja moral, seja patrimonial, ocorre quando há uma conduta ou ausência de comportamento que, diante do nexo causal, gera um resultado ofensivo ao patrimônio, individual ou coletivo, ambos protegidos pelo ordenamento jurídico do lesado. Ele é, portanto, associado à ideia de responsabilidade, a qual, em regra, no Brasil, é subjetiva.⁸ Então, o dano moral, de acordo com o artigo 5º, X, CF, ocorrerá quando houver ofensa à inviolabilidade do direito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. O poder constituinte originário trouxe expressamente como direito fundamental a

Fernandes. Brasília, 18 de fevereiro de 2014 e BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.391.198-RS. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Espólio de Laíde José Rossato. Advogados: Ana Cláudia Busanello e outros. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 13 de agosto de 2014).

⁵ No presente artigo, as expressões dano moral e extrapatrimonial serão utilizadas como sinônimas, segundo as lições de Cahali (2011, p. 20).

⁶ De acordo com o artigo 387, IV, Código de Processo Penal (CPP) é um dos requisitos da sentença penal condenatória a fixação, pelo magistrado, de um valor mínimo para fins de reparação pelos danos causados pela infração penal. Além disso, os artigos 63 a 68 do CPP tratam da ação civil *ex delicto*.

⁷ De fato, consoante leciona Cahali (2011, p. 636), a condenação em que se busca reparar o dano moral é representada por uma quantia monetária, sem prejuízo de outras cominações secundárias, como as previstas no artigo 78, CDC.

⁸ Destacamos que, por exemplo, na seara administrativa, é admitida a responsabilidade objetiva nos casos de dano nuclear (artigo 21, XXIII, d, CF); na seara do consumidor, quando houver responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, consoante artigo 12, CDC, e na seara ambiental, por força do artigo 14, Lei n. 6.938/1981.

possibilidade de utilização do dano moral como reparação à lesão ao núcleo primeiro de proteção dos direitos fundamentais. Aliado a isso, tal comando constitui-se em explícita cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, IV, CF).

Por meio dessa premissa constitucional, verificamos que é nítida a dimensão individual trazida no texto constitucional do dano moral. No entanto, por estar inserido no capítulo relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos, não há óbice para o reconhecimento da existência do dano moral coletivo atinente aos demais núcleos de proteção dos direitos fundamentais, notadamente os dos direitos relacionados à solidariedade, porque o texto constitucional consagra mecanismos de tutela coletiva ao longo do artigo 5º, tal qual ocorre com o mandado de segurança coletivo (artigo 5º, LXX, CF) e a ação popular (artigo 5º, LXXIII, CF). O dispositivo constitucional acima citado não encerrou a possibilidade de utilização do dano moral quando houver ofensa aos demais direitos fundamentais. Trouxe, na verdade, uma cláusula de abertura,⁹ ao permitir tal condenação em caso de violação da dignidade coletiva e, conseqüentemente, dos direitos coletivos *lato sensu*.

Além disso, o atual discurso está permeado de dispositivos relativos à preocupação com os direitos coletivos *lato sensu*, já que há proteção da improbidade administrativa (artigo 37, § 4º, CF), do meio ambiente (artigo 225, CF), das crianças e adolescentes (arts. 227 e 228, CF) e dos idosos (artigo 230, CF), as quais podem vir a resultar em um dano social.

Para complementar, no âmbito da legislação infraconstitucional, ao concretizar a existência do dano moral coletivo, a LACP, em seu artigo 1º, prevê a possibilidade de ação de responsabilidade pelos danos morais ocasionados aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. O CDC contempla como direito básico do consumidor a possibilidade de reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, nos termos do artigo 6º, VI.

Assim, podemos inferir que o dano moral coletivo é aquele decorrente de mácula à dignidade coletiva, pois, se a comunidade política pátria elegeu valores que foram positivados na identidade constitucional brasileira, ao ocorrer uma lesão a essa camada axiológica, a sociedade estará apta a exigir a reparação da ofensa por meio do dano moral coletivo.

⁹ O artigo 5º, § 2º, CF traz a cláusula de abertura dos direitos fundamentais ao enunciar que os direitos e garantias expressos no atual discurso não excluem outros decorrentes do regime, dos princípios adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Além disso, segundo Jorge Miranda, (2008, p. 176), não há um rol taxativo de direitos fundamentais, porque estes não são apenas os trazidos formalmente no texto constitucional, mas podem ser direitos provenientes de outras fontes, conforme perspectiva mais ampla da Constituição material.

Nessa linha de raciocínio, Bittar Filho (2014) corrobora o nosso pensamento ao afirmar que:

[...] 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*).

O dano moral coletivo, portanto, se afigura como categoria autônoma na teoria do dano,¹⁰ ao ter por sujeito ativo a coletividade lesada e não somente o indivíduo; por sujeito passivo a pessoa física, jurídica ou os próprios membros da coletividade que violam a sua

¹⁰ Em julgado recente, o STJ reconheceu ser o dano moral coletivo uma categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com os tradicionais atributos da pessoa humana, relativos à dor, ao sofrimento ou ao abalo psíquico. Nesse sentido, vide DIREITO COLETIVO E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA RESTRITIVA ABUSIVA. AÇÃO HÍBRIDA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, DIFUSOS E COLETIVOS. DANOS INDIVIDUAIS. CONDENAÇÃO. APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DANOS MORAIS COLETIVOS. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE, EM TESE. NO CASO CONCRETO, DANOS MORAIS COLETIVOS INEXISTENTES.

1. As tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque embora determinado direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer.

2. No caso concreto, trata-se de ação civil pública de tutela híbrida. Percebe-se que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles contratantes que tiveram tratamento de saúde embarçado por força da cláusula restritiva tida por ilegal; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da cláusula contratual em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do plano de saúde; (c) há direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros do plano de saúde, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis.

3. A violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual, porque essa separação faz parte do próprio conceito dos institutos. Porém, coisa diversa consiste em reconhecer situações jurídicas das quais decorrem, simultaneamente, violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Havendo múltiplos fatos ou múltiplos danos, nada impede que se reconheça, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva.

4. Assim, por violação a direitos transindividuais, é cabível, em tese, a condenação por dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico).

5. Porém, na hipótese em julgamento, não se vislumbram danos coletivos, difusos ou sociais. Da ilegalidade constatada nos contratos de consumo não decorreram consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embarçado ou por aquele que desembolsou os valores ilícitamente sonegados pelo plano. Tais prejuízos, todavia, dizem respeito a direitos individuais homogêneos, os quais só rendem ensejo a condenações reversíveis a fundos públicos na hipótese da *fluid recovery*, prevista no artigo 100 do CDC. Acórdão mantido por fundamentos distintos.

6. Recurso especial não provido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.293.606-MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorridos: Plano de Assistência de Saúde Complementar da Santa Casa de Juiz de Fora. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 02 de setembro de 2014).

própria dignidade; seu objeto consiste na tutela da dignidade coletiva, a qual não pode ser vilipendiada, notadamente, por meio da ofensa dos direitos coletivos *lato sensu*. Assim, as ações coletivas são o instrumento processual adequado para se requerer essa condenação, a qual se mostra, indubitavelmente, presumida – *in re ipsa* –, já que haverá patente ofensa à dignidade coletiva. No mesmo sentido, Mario Peña Chacón (2012, p. 106) explica que:

Al amparo de esta concepción amplia de daño social, la figura se configuraría por acciones y/o omisiones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, tanto por hechos lícitos como ilícitos, siempre y cuando se vea afectado de bienestar general por daños injustos que afecten intereses o derechos de incidencia colectiva, daños que pueden tener connotaciones patrimoniales y extrapatrimoniales [...]

Tal entendimento ficou consubstanciado na V Jornada de Direito Civil, no enunciado n. 456, senão vejamos:

Enunciado n. 456. A expressão “dano” no artigo 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Apenas a título de ilustração, a expressão dano moral coletivo é aqui utilizada como a manifestação extrapatrimonial do dano social (CHACÓN, 2012), que engloba qualquer ofensa aos direitos coletivos *lato sensu*. Dessa forma, embora no enunciado acima mencionado apareça a categoria dos danos sociais de maneira independente, compreendidos, certamente, como uma ofensa a um interesse difuso (PEREIRA, 2014), adotaremos o pensamento de que o dano social ocorre quando houver violação à dignidade coletiva e a sua expressão extrapatrimonial será denominada de dano moral coletivo.¹¹

Tendo em conta esse aparato doutrinário e legislativo, pode-se reconhecer a existência do dano moral coletivo no ordenamento jurídico brasileiro como uma decorrência da proteção da dignidade coletiva, destacamos que, no ano de 2006,¹² capitaneado pelo Ministro Teori Zavascki, o STJ reconheceu que o dano moral estaria atrelado à noção de dor, sofrimento psíquico, o que somente seria verificado no dano moral individual por ser incompatível com a transindividualidade, na qual há indeterminabilidade dos sujeitos.

¹¹ Explica Xisto de Medeiros Neto (2012, p. 201) que o dano moral coletivo também pode ser denominado de dano genérico ou, simplesmente, dano difuso ou coletivo.

¹² Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 598.281-MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorridos: Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã LTDA. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para o Acórdão: Relator: Teori Zavascki. Brasília, 02 de maio de 2006). No mesmo sentido, vide Zavascki, 2011.

Em 2008,¹³ trouxe-se à tona, novamente no STJ, a possibilidade de fixação ou não de dano moral coletivo para o caso de uma determinada rede televisiva que teria divulgado, em horário vespertino, cenas violentas e sexuais, as quais teriam causado ofensa ao direito das crianças e adolescentes. Infelizmente, embora no voto da Ministra Nancy Andrichi tenha se feito menção ao deferimento desse pleito, no colegiado não foi enfrentada a tese do dano moral coletivo, pois a ação civil pública foi anulada, tendo em vista que a perícia teria sido realizada por um comissário do próprio juízo da infância e da juventude. No entanto, somente em 2012 e 2013, a 3ª e 2ª Turmas do STJ, respectivamente, reconheceram em três situações emblemáticas a existência de dano moral coletivo, ao se posicionar de maneira contrária ao entendimento que a Corte vinha adotando.¹⁴

A primeira situação de fixação do dano moral coletivo ocorreu no âmbito do direito do consumidor, no Recurso Especial n. 1.221.756-RJ,¹⁵ ao ter sido condenada determinada

¹³ Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AJUIZAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - REPRIS DE NOVELA EM HORÁRIO VESPERTINO - ALEGAÇÃO DE NÃO SUPRESSÃO SUFICIENTE DE CENAS DE SEXO E VIOLÊNCIA - REJEIÇÃO DE REQUERIMENTO DE REALIZAÇÃO DE PROVA SOB O FUNDAMENTO DE QUE MATÉRIA PREJUDICADA - INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL - ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - RECURSO ESPECIAL PROVIDO - ANULAÇÃO DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Acolhida a alegação de que não apreciada pelos Embargos de Declaração a alegação de que havia necessidade de realização de prova pericial nos termos em que requerida, anula-se o Acórdão dos Embargos de Declaração, para que outro Acórdão seja proferido pelo Tribunal de Origem, permanecendo as demais matérias preliminares e de fundo por ora sem julgamento - Prevalência dos votos dos Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS E ARI PARGENDLER, nos termos do voto deste último, seguido pelo voto do Min. SIDNEI BENETI, vencida a Min. NANCY ANDRIGHI, que não conhecia do Recurso Especial. Recurso especial provido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 636.021-RJ. Recorrente: TV Globo Ltda. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Relator para o Acórdão Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 02 de outubro de 2008).

¹⁴ Em 2008, no Recurso Especial n. 960.926, já foi possível identificar na seara da improbidade administrativa a necessidade de fixação do dano moral coletivo no contexto da improbidade administrativa. Tal entendimento, posteriormente, foi reforçado ao atrelar a ofensa ao direito fundamental à saúde no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.003.126, ao reconhecer a legitimidade do Ministério Público Federal para ajuizar ACP com o objetivo de requerer indenização por danos morais coletivos em decorrência de emissões de declarações falsas de exclusividade de distribuição de medicamentos usadas para burlar procedimentos licitatórios. Esses dois julgados, portanto, são o início para a discussão relativa ao dano moral no contexto dos direitos coletivos *lato sensu*.

¹⁵ Ementa: RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS - RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.

III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus,

instituição financeira a pagar a quantia de cinquenta mil reais por não possuir instalações adequadas para o atendimento de idosos, portadores de necessidades especiais e com dificuldades de locomoção. Nessa situação apresentada, o atendimento desses consumidores era feito no segundo andar, sendo, pois, necessário ao cliente subir três lances de escada, o que gerava grande comprometimento do acesso às funções bancárias e daí a necessidade de uma indenização coletiva.

Em seguida, o dano moral coletivo foi não apenas reconhecido, mediante pagamento de quantia em dinheiro, como também foi cumulativamente foi imposta a recomposição do meio ambiente. A decisão contida no Recurso Especial n. 1.328.753-MG,¹⁶ com base, em suma,

em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.

VI - Recurso especial improvido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.221.756-RJ. Recorrente: Banco Itaú Unibanco S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 02 de fevereiro de 2012).

¹⁶ Ementa retirada do Informativo n. 526, de 25 de setembro de 2006: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. CUMULAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE RECOMPOSIÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. *Na hipótese de ação civil pública proposta em razão de dano ambiental, é possível que a sentença condenatória imponha ao responsável, cumulativamente, as obrigações de recompor o meio ambiente degradado e de pagar quantia em dinheiro a título de compensação por dano moral coletivo.* Isso porque vigora em nosso sistema jurídico o princípio da reparação integral do dano ambiental, que, ao determinar a responsabilização do agente por todos os efeitos decorrentes da conduta lesiva, permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar. Ademais, deve-se destacar que, embora o artigo 3º da Lei 7.347/1985 disponha que "a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer", é certo que a conjunção "ou" – contida na citada norma, bem como nos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 – opera com valor aditivo, não introduzindo, portanto, alternativa excludente. Em primeiro lugar, porque vedar a cumulação desses remédios limitaria, de forma indesejada, a Ação Civil Pública – importante instrumento de persecução da responsabilidade civil de danos causados ao meio ambiente –, inviabilizando, por exemplo, condenações em danos morais coletivos. Em segundo lugar, porque incumbe ao juiz, diante das normas de Direito Ambiental – recheadas que são de conteúdo ético intergeracional atrelado às presentes e futuras gerações –, levar em conta o comando do artigo 5º da LINDB, segundo o qual, ao se aplicar a lei, deve-se atender “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, cujo corolário é a constatação de que, em caso de dúvida ou outra anomalia técnico-redacional, a norma ambiental demanda interpretação e integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*, haja vista que toda a legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos há sempre de ser compreendida da maneira que lhes seja mais proveitosa e melhor possa viabilizar, na perspectiva dos resultados práticos, a prestação jurisdicional e *aratio essendi* da norma. Por fim, a interpretação sistemática das normas e princípios ambientais leva à conclusão de que, se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado, isto é, restabelecido à condição original, não há falar, como regra, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica, no futuro, de restauração *in natura* nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no âmbito da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação integral do dano. Cumpre ressaltar que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos processos ecológicos em si mesmos considerados). Em suma, equivoca-se, jurídica e metodologicamente, quem confunde prioridade da recuperação *in natura* do bem degradado com impossibilidade de cumulação simultânea dos deveres de repristinação natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e nova lesão (obrigação de não fazer) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.328.753-MG.

no artigo 5º, Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), fixou o entendimento de que, em caso de dano ambiental, por ser a responsabilidade objetiva e haver uma necessidade de reparação integral, o artigo 3º, LACP, permite a título de condenação o arbitramento de dano moral coletivo e a recomposição do meio ambiente, sem incorrer em ofensa às disposições processuais da tutela coletiva.

Posteriormente, na seara dos direitos da criança e do adolescente, ficou consubstanciado tanto que o Ministério Público possuía legitimidade ativa para promover a ação civil pública para fins de compensação por dano moral difuso, quanto que seria possível destinar essa condenação ao Fundo Municipal dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes no valor de quinhentos salários-mínimos, quando crianças e adolescentes forem submetidos a tratamento desumano e vexatório, ocorrido durante rebelião na unidade de internação.¹⁷

O STF já teve a oportunidade de reconhecer a existência do dano moral coletivo em demanda relativa à terceirização em atividade-fim,¹⁸ porque esse fato esbarra na liberdade de

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Augustinho Câmara. Relator: Ministro Herman Benjamin Brasília, 28 de maio de 2013).

¹⁷ Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REBELIÃO EM CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO. EXISTÊNCIA DE INTERESSES DIFUSOS OU COLETIVOS RELATIVOS A ADOLESCENTES. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INTELIGÊNCIA DO artigo 201 DO ECA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. EXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS DIFUSOS. REVISÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS NA ORIGEM COM CARÁTER PROTETATÓRIO. MULTA DO artigo 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA.

1. O Tribunal de origem, a partir dos elementos de convicção dos autos, condenou a recorrente ao pagamento de indenização por danos morais difusos ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, por tratamento desumano e vexatório aos internos durante rebeliões havidas na unidade. Insuscetível de revisão o referido entendimento, por demandar reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula 7/STJ.

2. O Ministério Público é parte legítima para "promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência", nos termos do artigo 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. A revisão do quantum indenizatório fixado a título de danos morais encontra óbice na Súmula 7/STJ, somente sendo admitida ante o arbitramento de valor irrisório ou abusivo, circunstância que não se configura na hipótese dos autos.

4. Confirmado o intuito protetatório dos embargos de declaração opostos para rediscutir matéria devidamente analisada pelas instâncias ordinárias, deve ser mantida a aplicação da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Agravo regimental improvido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1368769-SP. Recorrente: Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo do Adolescente. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 06 de agosto de 2013).

¹⁸ Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. OMISSÃO. DISCUSSÃO SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA DAR SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. A liberdade de contratar prevista no artigo 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa.

contratar (artigo 5º, II, CF), a qual não é ampla. Além disso, ressaltamos que esse tema é objeto, hodiernamente, de repercussão geral, a fim de sedimentar em quais hipóteses é lícita a utilização dessa técnica para o desenvolvimento da atividade-fim, sob pena de ensejar inúmeras condenações em danos morais coletivos.

Percebemos, então, que, em virtude da evolução jurisprudencial realizada, inicialmente, o STJ se mostrou contrário à possibilidade de arbitramento do dano moral coletivo, porque o atrelava à necessidade de sofrimento psíquico. Com o passar do tempo, verificamos que a proteção da dignidade coletiva e, até mesmo, da tutela coletiva restaria esvaziada sem a assimilação de um componente axiológico, sedimentando-se o reconhecimento, pelos Tribunais Superiores, do dano moral coletivo e tornando passível de condenação a violação de direitos coletivos *lato sensu*.

Finalmente, em relação ao *quantum* a ser fixado pelo juiz a título de dano moral coletivo, deve ser considerado, de pronto, por força do artigo 944, CC, a extensão do dano, como, por exemplo, a reversibilidade ou não da situação que ocasionou ofensa à dignidade coletiva. Além disso, o preceito violado é fundamental para determinar o grau de ofensividade da conduta aos valores da sociedade, pois, consoante lição de Xisto Tiago de Medeiros Neto (2012, p. 201).

Em síntese, a lesão a interesses coletivos, à vista do nosso ordenamento jurídico, enseja reação e resposta equivalente a uma reparação adequada à tutela almejada, traduzida essencialmente por uma condenação pecuniária, a ser arbitrada pelo juiz – orientado pela função sancionatória e pedagógica dessa responsabilização –, a qual terá destinação específica em prol da coletividade.

Acerca das funções do dano moral coletivo, sobretudo a sancionatória e preventiva, destacamos que tais noções implicam na necessidade de reconhecer que essa espécie de dano implica na punição do agressor ao persuadi-lo a não mais agredir a coletividade, tendo ainda o cunho socioeducativo, que é vislumbrado quando há a imposição de tal reparação ao ofensor e a demonstração pública que tais condutas não são socialmente aceitas (FREIRE, 2009, p. 74).

2. *O thema decidendum, in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do artigo 5º, inciso II, da CRFB. Patente, outrossim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.

3. Embargos de declaração providos, a fim de que seja dado seguimento ao Recurso Extraordinário, de modo que o tema possa ser submetido ao Plenário Virtual desta Corte para os fins de aferição da existência de Repercussão Geral quanto ao tema ventilado nos termos da fundamentação acima (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 713.211-MG. Embargante: Celulose Nipo Brasileira S/A. Embargado: Ministério Público do Trabalho. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 14 de abril de 2014).

Assim, em analogia ao Enunciado n. 455 da V Jornada de Direito Civil,¹⁹ as circunstâncias do caso concreto devem ser sopesadas, a fim de respeitar, concomitantemente, a natureza sancionatória, preventiva e educativa dessa espécie de dano.

Compactuamos com a ideia de que o dano moral coletivo poderá ser arbitrado de ofício pelo magistrado,²⁰ pois embora a jurisdição seja inerte (artigo 2º, CPC), essa espécie de dano não depende de comprovação, por isso a fixação da indenização poderá ser verificada pelo juiz no âmbito das ações coletivas e destinada a reparar a ofensa feita à coletividade.

Para arrematar, compete, portanto, ao magistrado, destinar os recursos oriundos dessas compensações para os fundos dos direitos coletivos correspondentes, a fim de que haja medidas preventivas ao combate da lesão à dignidade coletiva e fomento desses valores sociais para toda a comunidade política pátria, com o intuito de nela inculcar nela a ideia de pertencimento.

5. CONCLUSÃO

É inegável o fato de que, em virtude de o ser humano, ontologicamente digno, viver em sociedade, esta é dotada de uma camada axiológica, que deve ser defendida por todos, pois transportamos para a identidade constitucional brasileira os valores mais importantes do ordenamento jurídico pátrio, como os direitos coletivos *lato sensu*. Dessa forma, a dignidade coletiva, compreendida como o valor essencial, a ser protegida por toda a comunidade, a qual engloba todos os anseios captados pela consciência jurídica, não pode ser lesada, sob pena de arbitramento do dano moral coletivo.

O dano moral coletivo, portanto, surge da necessidade de imputar uma condenação, sobretudo, pecuniária, aos sujeitos que ofendem a dignidade coletiva e, conseqüentemente, os direitos coletivos. Daí a importância dos Tribunais Superiores nesse arbitramento, já que o processo não é mais visto em uma ótica exclusivamente individual. A tutela coletiva passa a representar uma parcela significativa das demandas, pois esses direitos, tais como a improbidade administrativa, direito do consumidor e defesa do meio ambiente, envolvem a pessoa humana como destinatário.

¹⁹ Enunciado n. 455, artigo 944: Embora o reconhecimento dos danos morais se dê, em numerosos casos, independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência.

²⁰ Em sentido contrário, o STJ já decidiu que não seria possível a fixação do dano moral coletivo de ofício. Vide BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Reclamação n. 13.200. Reclamante: Banco Bradesco S/A. Reclamado: Segunda Turma Julgadora Mista do Estado de Goiás. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 08 de outubro de 2014.

De fato, em um primeiro momento, embora o STJ tenha compreendido ser o dano moral somente aquele capaz de incutir dor ou sofrimento, hodiernamente a 2ª e 3ª Turma já se manifestaram a respeito do reconhecimento dessa espécie de dano nas searas do direito ambiental, consumidor e da criança e do adolescente. Esse avanço jurisprudencial foi acompanhado pela mais alta corte de justiça brasileira no caso das terceirizações ilícitas.

No tocante à quantia monetária a ser paga, esta deverá ser feita a um dos fundos dos direitos coletivos *lato sensu*, mediante verificação da extensão do dano e as circunstâncias do caso concreto, a fim de que haja, por meio dessa condenação, uma função preventiva e educativa. Poderá, ainda, ser arbitrada de ofício pelo juiz, por ser uma espécie de dano presumido.

Concluimos que a concretização da dignidade coletiva perpassa, obrigatoriamente, pelo arbitramento do dano moral coletivo, já que o Poder Judiciário, no atual contexto do Estado Constitucional, necessita reforçar na comunidade pátria a noção de pertencimento e coibir qualquer ato atentatório aos direitos coletivos *lato sensu*.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 13 jan. 2014.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento: uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio. (Org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39-67.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no contexto jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELETTI, Mauro e GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHACÓN, Mario Peña. Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos. In: LECEY, Eladio e CAPPELLI, Sílvia. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 103-124.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Dano moral (extrapatrimonial) coletivo: leitura constitucional, civil e trabalhista – estudo jurisprudencial**. São Paulo: LTR, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie e ZANETI JÚNIOR, Hermes. Curso de processo civil: processo coletivo. Vol. 04. 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2011.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LORENZO, Wambert Di. **Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1967. Tomo I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV**. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/85067982/Jose-Casalta-Nabais-Algumas-Reflexoes-Criticas-sobre-Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 06 out. 2014.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Bahia: JusPodivm, 2009.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. **Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-novos-danos-danos-morais-coletivos-danos-sociais-e-danos-por-perda-de-uma-chance>>. Acesso em: 06 out. 2014.

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PÉREZ, Jesús González. **La dignidad de la persona**. 2. ed. Espanha: Thonson Reuters, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Tradução de Ingo Sarlet e outros. 2. ed. Porto Alegre: 2009.

SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva e efetivação dos direitos sociais**. 110f. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Fundamental). Universidade Federal do Ceará, Brasil, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 598.281- MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorridos: Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã LTDA. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para o Acórdão: Relator: Teori Zavascki. Brasília, 02 de maio de 2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 960.926- MG. Recorrente:

Ministério Público Federal. Recorridos: Manuel Ferreira Brandão e outro. Relator: Ministro Castro Abreu. Brasília, 18 de março de 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 636.021- RJ. Recorrente: TV Globo Ltda. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para o Acórdão Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 02 de outubro de 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.003.126-PB. Recorrente: Laboratório Pfizer Ltda. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 1º de março de 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1221756- RJ. Recorrente: Banco Itaú Unibanco S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 02 de fevereiro de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.328.753-MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Augustinho Câmara. Relator: Ministro Herman Benjamim. Brasília, 28 de maio de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1368769-SP. Recorrente: Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo do Adolescente. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 06 de agosto de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.377.400-SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorridos: Estado de Santa Catarina e Município de Lages. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 18 de fevereiro de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.391.198-RS. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Espólio de Laíde José Rossato. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 13 de agosto de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.293.606-MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorridos: Plano de Assistência de Saúde Complementar da Santa Casa de Juiz de Fora. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 02 de setembro de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Reclamação n. 13.200. Reclamante: Banco Bradesco S/A. Reclamado: Segunda Turma Julgadora Mista do Estado de Goiás. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 08 de outubro de 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 713.211- MG. Embargante: Celulose Nipo Brasileira S/A. Embargado: Ministério Público do Trabalho. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 14 de abril de 2014.