



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO – FD

Carolina Pinho de Castro

**NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL
BRASILEIRA: O DANO SOCIAL**

Brasília – DF
2017

CAROLINA PINHO DE CASTRO

**NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL
BRASILEIRA: O DANO SOCIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Ana de Oliveira Frazão.

Brasília, 2017.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO – FD

CAROLINA PINHO DE CASTRO

**NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL
BRASILEIRA: O DANO SOCIAL**

Monografia aprovada com menção SS como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília pela seguinte banca examinadora:

Professora Doutora Ana de Oliveira Frazão – FD/UnB
Orientadora

Professor Doutor Paulo Burnier da Silveira – FD/UnB
Examinador

Mestre Eduardo Borges Araújo – FD/UnB
Examinador

Brasília, 08 de junho de 2017.

Registro a minha homenagem à Jacob, Cibeles,
Thiago e Ana Clara, bases de quem sou.

AGRADECIMENTOS

O primeiro passo é reconhecer e agradecer por tudo que meus pais, Cibele e Jacob, fizeram por mim ao longo desta jornada. Foi a partir dos ensinamentos e incentivos deles que hoje consegui realizar meus desejos profissionais e ter grandes objetivos para o futuro que me aguarda. Minha mãe, quem sempre se disponibilizava a estudar comigo depois de chegar exausta do trabalho diário, que sempre foi um porto seguro para mim, a minha gratidão eterna pelo seu amor incondicional. Dedico esta conquista também ao meu pai, modelo e inspiração para a minha jornada, que, desde que sou pequena, me ensinou que há tempo para tudo, aconselhando a dividir as horas do dia para que sempre sobrasse tempo para se divertir, mas que também sempre houvesse tempo para estudar. Penso que por trás de quem você realmente é na essência e das percepções mundanas que possuí, estão verdadeiros exemplos de bondade e dignidade, que vocês sempre representaram para mim.

Agradeço também a toda minha família, mas em especial ao meu avô paterno, Senhor Jacob (*in memoriam*), que faleceu antes de poder ver os objetivos que consegui atingir graças ao seu apoio e incentivo nos meus estudos. Um homem que tenho como exemplo de vida, um trabalhador que sempre conquistou tudo o que possuiu graças aos estudos. Sem suas raízes e sem seus ensinamentos, eu nada seria.

Os meus amigos também foram parte essencial a essa caminhada de cinco anos pela Graduação de Direito. Através do companheirismo dentro e fora de aula, me relacionei com pessoas maravilhosas que me ensinaram a importância do trabalho em equipe nas horas mais difíceis do curso, seja pelo incentivo na leitura nas idas à Biblioteca Central, seja nas horas de poder contar com a amizade, com gestos e palavras de conforto quando a situação era difícil.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à minha orientadora, Professora Ana Frazão, não só pela instrução e acompanhamentos impecáveis nesta etapa final, mas principalmente por ter servido de modelo não só para mim mas para várias alunas e futuras juristas como exemplo de mulher, educadora, advogada e pessoa, capaz de alinhar ao mesmo tempo alto conhecimento jurídico com a singularidade e simplicidade de alguém disponível a ajudar a todos que a ela recorram. Foi através de suas aulas de Introdução ao Direito Privado que despertei o interesse e o fascínio por essa área jurídica, o que resultou nos caminhos a este trabalho. Muito obrigada por sempre se dispor a sanar meus questionamentos e me apontar as soluções das minhas dúvidas.

Agora, apesar de ser o fim de um ciclo em que muito foi agregado em minha vida, sinto que os desafios estão apenas começando, mas não os vislumbro com anseio e sim com vontade de cada dia descobrir mais e aprender mais, para que me torne uma profissional

íntegra e respeitada, por todos os ensinamentos que obtive durante os anos. Registro assim, a gratidão por todos os fatores e por todas as pessoas mencionadas que, de alguma forma, marcaram a minha graduação e, por isso, uma grande parte da minha vida.

RESUMO

O presente estudo visa expor a teoria do Dano Social a partir do pensamento elaborado pelo Professor Antônio Junqueira de Azevedo, percussor da ideia de ampliação dos tipos de danos reparáveis pela responsabilidade civil brasileira, especificamente como forma de garantir a função social das indenizações de maneira a proteger a gama de direitos fundamentais passíveis de lesão que se encontram protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, será abordada reflexão quanto a validade e a legitimidade do dano social perante a Constituição Federal de 1988, assim como uma transformação do pensamento clássico de reparação integral para um aumento da importância da função de desestímulo e pedagógica da responsabilidade civil, até chegar ao momento da descrição e esclarecimento da importância da introdução do dano social nas condenações nas Cortes nacionais, de maneira a dissuadir práticas reiteradas de agentes que lesem a sociedade, observados os requisitos processuais para tanto e constatados os desafios práticos para a implementação do mesmo. Trata-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial com a utilização de método dedutivo, devido a uma finalidade de abordagem teórica e conceitual normativa.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Dignidade da Pessoa Humana. Dano Social. Função Punitiva.

ABSTRACT

The present study aims to expose the theory of Social Damage based on the thesis elaborated by Professor Antônio Junqueira de Azevedo, which is the percussor of the idea of widening the types of damages reparable by Brazilian civil liability, specifically as a way of guaranteeing the social function of indemnities in a way to protect the range of fundamental rights that can be damaged and are protected by Brazilian law. In order to do so, a reflection on the validity and legitimacy of social damage on the Federal Constitution of 1988 will be addressed, as well as a transformation of the classical thinking of integral reparation to an increase in the importance of the disincentive and pedagogical function of liability, until reach the moment of the description and clarification of the importance of introducing social damage in the condemnations in the national Courts, in order to dissuade repeated practices from agents that harm society, observed the procedural requirements to do so and identified the practical challenges for its implementation. It is a bibliographical and jurisprudential research using a deductive method, due to a theoretical and conceptual normative approach.

Keywords: Liability. Dignity of the Human Person. Social damages. Punitive Function.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

AgRg – Agravo Regimental

CF/1988 – Constituição Federal de 1988

CC/2002 – Código Civil de 2002

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CJF - - Conselho da Justiça Federal

CPC – Código de Processo Civil

CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

Proc. – Processo

Rcl – Reclamação

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

USP – Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A VALIDADE, LEGITIMIDADE E EFICÁCIA DO DANO SOCIAL.....	13
2.1 Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais	14
2.2 Direitos Sociais como Valor Essencial na Constituição de 1988	17
2.3 Dano Social como Instrumento de Efetivação dos Direitos Sociais.....	21
3. AS TRANSFORMAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL: O DANO SOCIAL	24
3.1 A Responsabilidade Civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro	27
3.2 A Teoria do Dano Social de Antônio Junqueira de Azevedo.....	35
3.3 Os Requisitos da Caracterização dos Danos Sociais.....	37
3.4 A Indispensabilidade de Observância das Garantias do Ofensor	44
4. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.....	46
4.1 Jurisprudência Brasileira de Condenação em Danos Sociais	46
4.2 A Tese Firmada pelo Superior Tribunal de Justiça na Reclamação nº 12062/GO	51
5. OS DESAFIOS PRAGMÁTICOS	59
5.1 A Observância do Princípio da Preservação da Empresa e sua Função Social.....	59
5.2 As Dificuldades de Utilização Prática do Dano Social.....	61
6. CONCLUSÃO	65
7. REFERÊNCIAS	67

1. INTRODUÇÃO

A importância prática do Instituto da responsabilidade civil é perceptível nos dias atuais pelo seu objetivo intrínseco de restaurar um equilíbrio tanto moral quanto patrimonial desfeito e até na busca de defesa da Justiça, evidente pela disseminação da consciência de que o homem, enquanto parte de uma sociedade, deva possuir em suas ações e omissões, na medida em que um ato ilícito acarretará uma responsabilização do mesmo. Esta área mostra-se então em prolongada construção jurídica ao acompanhar as evoluções sociais, com um movimento de transformações relevantes que dispõem de elevado material de estudo e análise.

As mudanças nos pressupostos e fundamentações da responsabilidade civil se tornam claras dentro de uma sociedade complexa que busca reais garantias e expansões dos direitos sociais. Não há mais somente uma busca pelo *status quo* anterior à ocorrência de dano patrimonial, ou seja, o objetivo da responsabilidade civil atualmente não é apenas a reparação integral. Há novas exigências sociais quanto à salvaguarda de que o ato ilícito não ocorra novamente, daí o surgimento de uma necessidade por uma função punitiva e pedagógica do Instituto.

Neste sentido, a mudança de foco se torna evidente. Não há mais uma visão limitada apenas na vítima, mas uma ampliação no enfoque, que se alargou também para o lado do causador do dano que, a depender do teor de reprovabilidade de sua conduta e da prática reiterada da mesma, pode ser desestimulado a continuar com a ação ilícita. A autora Ana Frazão também destaca tal premissa:

(...) abre-se, pois, a possibilidade de que a utilização da responsabilidade civil, por meio das indenizações, seja deflagrada a partir da conduta do ofensor, como forma de reação e punição ao ato ilícito e não somente como forma de compensação da vítima. Neste sentido, a função punitiva passa a estar igualmente associada a juízos de equidade e moralização da ordem econômica, especialmente no que diz respeito à proteção de trabalhadores e consumidores, do meio ambiente e da livre concorrência¹.

A Constituição Federal de 1988 ainda apresentou como rol não taxativo de direitos de segunda geração, aqueles que objetivavam uma atuação positiva do Estado como forma de diminuição das desigualdades sociais, visando a consagração da justiça social. Assim, englobando os direitos de liberdade já conquistados, de caráter estatal negativo, a sociedade demandou um ordenamento que equilibrasse as relações intersubjetivas, com priorização e

¹ FRAZÃO, Ana. *Dano social e dumping social no Direito do Trabalho: perspectivas e limitações*. **Revista LTr**, v. 80, n. 3, 2016. p. 7.

concretização da dignidade da pessoa humana como valor essencial contemporâneo. Sobre o tema, Daniel Sarmento já afirmou que:

Se o constitucionalismo representava basicamente uma doutrina de contenção do poder estatal, o neoconstitucionalismo, que vem se desenvolvendo na Europa a partir do segundo pós-guerra, e no Brasil sob a égide da Constituição de 1988, é muito mais ambicioso no seu afã de fecundar o direito positivo com os ideais humanitários presentes nas constituições contemporâneas².

Assim, a Carta Magna trouxe em seu Capítulo II, artigos 6º ao 11, os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, a segurança, etc., além da função social da propriedade se fazer presente nos artigos 5º, inciso XXIII, 170,182,184 e 186 do mesmo diploma, sendo normas de interpretação cabíveis para realização de analogia à necessidade de uma função social da responsabilidade civil no plano infraconstitucional, como forma de assegurar os preceitos fundamentais da Constituição e incorporar valores constitucionais coletivos em detrimento do antigo individualismo exacerbado, permitindo a abertura de canais normativos obstruídos pelo excessivo apego ao viés patrimonial, a um viés transindividual de responsabilidade.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Direito Civil passa a ter como base o caráter humanista do diploma constitucional, trazendo um novo paradigma para este ramo jurídico, com a necessidade de observância dos direitos fundamentais e de promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, esta última como verdadeiro mandado de otimização normativo. Neste sentido, preceituou Lôbo³:

Os civilistas, finalmente, descobriram a Constituição. Perceberam que a elevação dos fundamentos do direito civil ao status constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da consequente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo.

É neste cenário que emerge a tese consagrada pelo então Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, o doutrinador Antônio Junqueira de Azevedo, onde em seu artigo: “Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil:

² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006. p. 56-57.

³ LÔBO, Paulo. *A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro*. In TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo : Atlas, 2008, p. 20.

o dano social”⁴, expõe as várias categorias de danos e traz um novo ponto de vista sobre uma recente admissão de dano no Brasil, qual seja, o dano social, que o Professor assim observou⁵:

O art. 944 no Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também – esse é o ponto – uma indenização pelo dano social.

Ainda se demonstrará no decorrer desta dissertação que esta teoria está sendo cada vez mais utilizada e aceita dentro dos Tribunais brasileiros, inclusive com disposições da V Jornada de Direito Civil e com Tese elaborada pelo Superior Tribunal de Justiça, exibindo a importância prática de discussão e estudo do tema.

Por fim, será demonstrado que a introdução do dano social dentro do contexto de aplicação no sistema brasileiro, assim como toda e qualquer nova percepção, pode vir a enfrentar dificuldades e problemas práticos no seu propósito, principalmente quando observadas as questões derivadas das altas indenizações em confronto com o princípio da preservação da empresa e da confusão terminológica pragmática com o instituto do dano moral coletivo e sua real execução pelos legitimados.

Será realizada uma abordagem metodológica dedutiva, priorizando a relação lógica que deve ser estabelecida entre as proposições apresentadas, a fim de não comprometer a validade da conclusão, tendo por principal metodologia utilizada no estudo o referencial bibliográfico trazido.

⁴ Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. **Revista Trimestral de Direito Civil**, a. 5, v.19, jul./set 2004.

⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. p. 381.

2. A Validade, Legitimidade e Eficácia do Dano Social

Como parte da corrente doutrinária do Direito Civil Constitucional, que trouxe uma reconstrução axiológica no Direito Privado, as normas infraconstitucionais tal qual o CC/2002 passaram por uma concreta observância dos valores constitucionais e uma busca prioritária pela realização dos direitos fundamentais e concretização de um Estado Social de Direito.

O ordenamento jurídico nesta visão passa a efetivar a importância dos objetivos almejados pela Carta Magna de 1988 e não só mais a buscar legitimidade na legislação ordinária. Assim, as normas civis não deixam de estarem presentes na área privatista, mas o Direito Privado passa a ser interpretado à luz da Constituição. De acordo com Pietro Perlingieri as principais características do Direito Civil Constitucional, que autorizariam a sua aplicação, são as seguintes⁶:

Personalismo e solidarismo constitucional - Nos conceitos de "direitos invioláveis do homem" e de "pessoa", de "deveres inderrogáveis de solidariedade", aos quais o art. 2º Const. faz referência, verifica-se a influência do personalismo e do solidarismo de tipo católico e, em tal perspectiva tentar reconstruir o conceito de "pessoa", ou melhor de "valor" da pessoa(..) O tema da solidariedade constitucional, portanto, deve ser entendido em relação aos da igualdade e da igual dignidade social. Igual dignidade social (*pari dignità sociale*) - Os princípios da solidariedade e da igualdade são instrumentos e resultados da atuação da dignidade social do cidadão (...) define a noção de igual dignidade social como o instrumento que "confere a cada um o direito ao "respeito" inerente a qualidade homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estes correspondentes.

Pessoa e formação social - é necessário tomar posição contra a concepção que considera o indivíduo como valor pré social, relevante também na ótica jurídica, prescindindo da relação com os outros (..) Eles não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo fora da comunidade na qual vive, mas, antes, como instrumentos para construir uma comunidade, que se torna, assim, o meio para a sua realização

Princípio de igualdade e institutos de direito civil - é necessário dizer com clareza que não é possível que a carga inovadora contida (...) se realizem todo o seu alcance nas relações privadas. Isso não significa que o princípio de igualdade constitucional não possa ter relevância no direito civil. (...) o valor da justiça social expresso no Texto fundamental no sentido e nos limites antes traçados, há de incidir no direito civil contribuindo, em sede interpretativa, para individualizar o conteúdo específico que, concretamente, devem assumir as cláusulas gerais das quais é cravejada a legislação: da equidade à lealdade (*correttezza*), do estado de necessidade à lesão (*stato di bisogno*) e à causa não imputável, da diligência à boa fé.

Desta forma, o Código Civil entende como essencial o condicionamento das suas interpretações normativas à dignidade da pessoa humana, ocupando esta o centro das concepções jurídicas contemporâneas e desenvolvendo a necessidade de aplicação imediata

⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 1. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p 36-37.

da norma constitucional no evento concreto prático, hipótese denominada por muitos como “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, assim descrita por Tartuce, como sendo⁷:

(..) nada mais é do que o reconhecimento da existência e a aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares. Nesse sentido, pode-se dizer que as normas constitucionais que protegem tais direitos têm aplicação imediata (eficácia horizontal imediata). Essa aplicação imediata está justificada pelo teor do art. 5º; §1º da Constituição Federal de 1998 pelo qual: ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’.

Esta concepção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais trouxe uma nova visão da matéria, pois ela desfaz a antiga concepção de que as normas constitucionais apenas serviam ao legislador e ao Estado, para uma ideia de se tornar também fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil.

Deste modo, o que se busca através da investigação da validade, legitimidade e conseqüentemente a eficácia do dano social dentro do ordenamento jurídico brasileiro é demonstrar as bases constitucionais que legitimam a propositura desta nova categoria de dano como tipo de instrumento para assegurar os direitos sociais presentes na Constituição de 1988 e a sua aplicação imediata pelo Direito Civil, provando assim tanto a justiça, quando a eficácia e validade da proposição.

2.1 Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais

A análise do desenvolvimento dos Direitos Fundamentais, onde aqui se inserem os direitos sociais, é imprescindível pela própria relação intrínseca que aqueles direitos possuem com o conceito de democracia, uma vez que os direitos fundamentais servem de molde e parâmetro para aferição do nível democrático social⁸.

A origem destes direitos se encontra na luta dos povos contra governos opressores, no advento do Estado e das teorias contratualistas dos séculos XVII e XVIII, onde, originariamente, resultou o surgimento dos Estados Liberais, e, conseqüentemente, dos direitos de primeira dimensão, de caráter de proteção das liberdades do indivíduo, numa visão individualista de proteção e abstenção estatal, e, como princípio norteador, o liberalismo e a mera garantia de direitos exercidos em desfavor do Estado.

⁷ TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense e Método, 2011. p. 55-56.

⁸ Já se chegou a afirmar que “tanto a democracia existe para a realização dos direitos fundamentais, como os direitos fundamentais dão suporte à garantia do processo democrático”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e democracia*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin *et all.* (coord.) **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 290.

Nesta época, o Estado não interferia na esfera particular dos cidadãos, “assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas”⁹. Porém, esses direitos individualistas mostraram-se insuficientes para a realização plena do indivíduo dentro da sociedade.

Foi através do quadro de exploração humana advindo da industrialização do século XVIII que se iniciou a Crise do Estado Liberal, pois o quadro de exploração humana fez emergir uma pressão social dos trabalhadores e as ameaças de rupturas revolucionárias de esquerda. Surgia então uma inquietação com a desigualdade material subjacente à sociedade, em especial quanto aos vínculos fixados entre particulares, compulsando-se a direta intervenção do Estado nessas relações privadas, com o objetivo de assegurar um relativo equilíbrio material entre os contratantes. Neste cenário, reconheceu-se a necessidade de um novo modelo constitucional e estatal, de inserção de direitos para a coletividade de maneira que, mediante ação positiva do Estado, o Poder Público pudesse promover a igualdade material da sociedade, com a busca do exercício de iguais oportunidades, previstos constitucionalmente. Sobre o tema, afirmaram Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que¹⁰:

A sociedade do século XX, sobretudo após a 1ª Grande Guerra, marcaria o ocaso das codificações, por meio da maciça intervenção do Estado na economia, e, sobretudo, com o processo, daí decorrente, de restrição à autonomia privada, pelo chamado dirigismo contratual. A teia viva das relações sociais, as incertezas da economia, a imprevisão generalizada dos negócios e a publicização do direito começariam a amolecer o gesso das normas codificadas, vulnerando, passo a passo, importantes regras que pretendiam ser imutáveis e eternas. Aliás, nesse prisma, todo o esforço despendido nos primeiros anos da faculdade para ensinar ao aluno a distinção entre direito público e privado acaba não tendo mais importância alguma.

Assim, o Estado passou de mero garantidor da segurança dos negócios privados para Estado agente e, como consequência, possibilitou a flexibilização da separação de poderes para uma atuação mais forte do Poder Público nas searas sociais e econômicas, produziu mais normas para promover as demandas por regulação social cada vez mais complexas e prestou serviços públicos com a criação de políticas públicas redistributivas, fornecimentos de

⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 3

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 1. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. P.74.

prestações materiais, função social da propriedade, etc. Este é o entendimento de Victor Abramovich e Christian Courtis, assim afirmando¹¹:

La distinción, sin embargo, es notoriamente endeble. todos los derechos llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo, y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas. los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado: exigen conductas positivas, tales como la reglamentación – destinada a definir el alcance y las restricciones de los derechos - , la actividad administrativa de regulación, el ejercicio del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio estado y de otros particulares, la eventual imposición de condenas por parte del Poder Judicial en caso de vulneración, la promoción del acceso al bien que constituye el objeto del derecho. baste repasar mentalmente la gran cantidad de recursos que destina el estado a la protección del derecho de propiedad: a ello se destina gran parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de la propiedad inmueble, automotor y otros registros especiales, los servicios de catastro, la fijación y control de zonificación y uso del suelo, etcétera.

Surgia-se então o constitucionalismo social, com a complementação¹² dos direitos de liberdade já anteriormente garantidos somados aos direitos de natureza social, constituindo-se no reconhecimento estatal de respeito às liberdades clássicas e a necessidade de intervenção para uma busca de igualdade material entre os indivíduos. Assim temos:

Para que se possa falar, propriamente, em constitucionalismo social, é preciso que se tenha, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, a expressa positivação, em texto constitucional, da solene intenção estatal de consagrar, para além da igualdade formal e da liberdade individual, também a igualdade material e os demais direitos sociais dela decorrentes¹³.

A questão da luta para inserção dos direitos sociais no constitucionalismo se fez bastante presente e se consagrou como ponto de partida para o constitucionalismo social, e neste ponto mostra-se necessária a citação, também a partir da Constituição Mexicana de

¹¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los Derechos Sociales*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito constitucional, internacional e comparado**. Rio Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003. p. 13.

¹² É necessário aclarar a distinção entre direitos de diferentes gerações e de diferentes dimensões. O primeiro pode trazer a falsa percepção de substituição, enquanto o segundo traz a ideia de somatório, neste sentido: força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

¹³ Cf. PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43 n. 169. jan/mar. 2006.

1917, inspirada pela doutrina anarcossindicalista de Bakunin¹⁴ e da Constituição de Weimar de 1919, a qual instituiu a Primeira República alemã, fruto do Pós-Primeira guerra mundial.

Estes dois diplomas se tornaram marcos históricos no reconhecimento e posituação constitucional das reivindicações sociais. Foram resultados de lutas e rompimentos de períodos marcados por opressões e perturbações sociais, o que propiciou reivindicações revolucionárias e a necessidade de consolidação de direitos.

Dentre os direitos conquistados nos dois cenários retratados podemos citar direitos econômicos e sociais tais quais os direitos trabalhistas, previdenciários, de amparo à saúde, à maternidade, educação e segurança. Ao garantir tanto as liberdades públicas quanto os direitos sociais, tais Constituições inspiraram textos constitucionais por todo mundo, inclusive no cenário brasileiro. A Constituição do Brasil foi inspirada principalmente pelo caso alemão e estendeu aos direitos fundamentais de natureza civil e política, os direitos de natureza socioeconômica.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 teve uma preocupação especial com os direitos sociais, prevendo-os expressamente em seu artigo 6º¹⁵, reforçando alguns deles nos títulos que tratam da Ordem Econômica e Financeira e da Ordem Social. Isto foi característico de uma Constituição tida como Cidadã, que se propôs em buscar os valores de uma sociedade pluralista, perseguir a redução das desigualdades sociais e regionais e garantir os direitos sociais como garantias fundamentais aos cidadãos brasileiros, o que será mais detalhado no próximo subcapítulo.

2.2 Direitos Sociais como Valor Essencial da Constituição de 1988

A evolução social pode solicitar ajustes e modificações no texto constitucional, visando ajustar a Carta Magna aos anseios da sociedade. Principalmente em um momento de crises institucionais e falta de governabilidade, uma nova Constituição pode se tornar a opção para uma reconstrução e reestruturação das relações entre indivíduo e Estado.

É neste cenário que o movimento que culminou na convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 se tornou viável. Havia no Brasil uma ditadura militar e uma demorada transição entre um governo de exceção e a democracia, tendo como fator decisivo

¹⁴ Sobre a influência anarcossindicalista da Constituição Mexicana de 1917, cf. COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 183; KIST, Dario José. **O Estado Social e o surgimento dos Direitos Fundamentais de Segunda Geração**, in Revista da AJURIS n° 80/2000, p. 95.

¹⁵ Art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência social aos desamparados, na forma desta Constituição”.

nesta redemocratização a campanha das “Diretas Já”, que mobilizou grande parte da população brasileira. A urgência para a instauração de uma nova ordem jurídica e política se evidenciava na ilegitimidade do regime constitucional presente à época.

Após quase trinta anos de existência e vigência da Constituição de 1988, a ordem jurídica brasileira se vê com uma fonte normativa democrática e humanista, voltada à elaboração de um Estado Democrático de Direito, que tem objetivado mais do que qualquer Constituição pretérita em absorver e resolver crises políticas e possibilitar o retorno aos cidadãos, de forma a garantir cada vez mais uma gama maior de direitos fundamentais.

Assim, observa-se que, apesar do processo de transição ter sido marcado por forte presença de forças autoritárias, ocorreu a promulgação de um texto fielmente comprometido com os direitos e a democracia, bem como também dotada de uma preocupação com as mudanças econômicas e sociais que ocorriam, de maneira a incluir mais setores sociais e ter como base essencial a dignidade da pessoa humana.

Como exemplo deste comprometimento, podemos citar um marco diferencial desta Constituição para as antigas, principalmente no que se refere à organização do texto constitucional. Nesta orientação lecionam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento¹⁶:

Se as constituições brasileiras anteriores iniciavam pela estrutura do Estado e só depois passavam aos direitos fundamentais, a Constituição de 88 faz o contrário: consagra inicialmente os direitos e garantias fundamentais – no segundo título, logo depois daquele dedicado aos princípios fundamentais – só se voltando, depois disso, à disciplina de organização estatal. Essa inversão topológica não foi gratuita. Adotada em diversas constituições europeias do pós-guerra, após o exemplo da Lei Fundamental alemã de 1949, ele indica o reconhecimento da prioridade dos direitos fundamentais nas sociedades democráticas.

A Constituição do Brasil é então marcada pela priorização dos direitos fundamentais. Dentre eles, não existe apenas um amplo espaço para os direitos civis e políticos, mas uma garantia generosa aos direitos sociais, como os direitos trabalhistas e os prestacionais, que exigem uma ação positiva estatal. Ainda podemos citar a inclusão na Carta Magna de direitos de terceira dimensão¹⁷.

¹⁶ Neto, Cláudio Pereira de Souza; Sarmiento, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 172.

¹⁷ Sobre estes direitos: “[...] a aparição dessa terceira dimensão dos direitos fundamentais evidencia uma tendência destinada a alargar a noção de sujeito de direitos e do conceito de dignidade humana, o que passa a reafirmar o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e ideologias que possam colocá-lo em risco, bem como perante toda uma gama de progressos tecnológicos que pautam hoje a qualidade de vida das pessoas, em termos de uso de informática, por exemplo, ou com ameaças concretas à cotidianidade da vida do ser em

Nesta conjuntura, é importante caracterizar os direitos sociais, foco do presente trabalho, como sendo espécie do gênero de direitos fundamentais e aqueles estarem definidos como sendo¹⁸:

Direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Para demonstrar a importância dos direitos sociais, tais direitos restaram descritos e explicitados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁹, obtendo um reconhecimento internacional da necessidade de se garantir, como diria Paulo Bonavides²⁰, o “humanismo político da liberdade”.

Para que os direitos fundamentais, aqui incluídos os de natureza social, não se tornasse “letra morta” e fossem efetivamente aplicados, o Constituinte instituiu a noção de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais²¹, possibilitou a inclusão de diversos métodos de remédios para sua tutela e reforçou o papel do Poder Judiciário para a defesa dos mesmos. Mais que isso, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a proteção destes direitos se tornou cláusula pétreia explícita, impossibilitando uma mudança constitucional pelo Poder Reformador.

A visão à época também acarretou uma real diferenciação entre igualdade formal e igualdade material, fazendo com que a Constituição Cidadã olhasse mais atentamente e de forma protetora à sua população mais vulnerável, como fez com a elaboração normativa voltada à defesa das mulheres, dos consumidores, crianças, idosos, indígenas, negros, etc. Essa pluralidade de regras de proteção foi possível através de uma abertura ao

função de danos ao meio ambiente ou à vantagem das transnacionais e corporações que controlam a produção de bens de consumo, o que desdobra na proteção aos consumidores na atual sociedade de massas”. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004. p. 81.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 202.

¹⁹ Presente tanto em seu preâmbulo: “Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla”, quanto em seu texto: Artigo 22º Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 574.

²¹ Presente no artigo 5º, parágrafo 1º da CF de 1988.

multiculturalismo, que se faz tão presente na sociedade brasileira, por esta ser um conjunto bastante heterogêneo e plural de pessoas.

Além de ampliação no rol de direitos e de um protecionismo maior dos vulneráveis, o diploma ainda priorizou as questões democráticas e de inclusão na participação política e social, assim observadas²²:

Além dos direitos fundamentais, o outro “coração” da Constituição de 1988 é a democracia. Entre outras medidas, ela consagrou o sufrágio direto, secreto, universal e periódico para todos os cargos eletivos – elevado, inclusive, à qualidade de cláusula pétrea –; concedeu o direito de voto ao analfabeto; erigiu sobre bases pluralistas e liberais o sistema partidário; e consagrou instrumentos de democracia participativa, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis. Para assegurar a higidez dos pleitos eleitorais, ela manteve a Justiça Eleitoral, existente desde 1932. E garantiu com vigor as liberdades públicas, que são pressupostos diretos para o funcionamento da democracia, como as liberdades de expressão, de associação e o direito à informação. Não há dúvida, portanto, que ela contém todos os elementos que conformam uma “poliarquia”⁶⁸ – ou democracia política –, como eleições livres e periódicas, amplo direito de sufrágio e de concorrer às eleições, possibilidade real de a oposição assumir o poder, liberdade de expressão e de associação política e existência de fontes independentes de acesso à informação pelo cidadão. Porém, a Constituição não se contentou com isso, propondo-se a democratizar não apenas o regime político, mas também as relações sociais, econômicas e culturais – tarefa ainda mais árdua e complexa.

No viés econômico, o modelo constitucional também teve grandes iniciativas. Ao lado de uma fórmula baseada em princípios como a livre iniciativa, o direito a propriedade e a livre concorrência, a Carta Magna se preocupou em construir um sistema voltado à busca de uma justiça social, juntamente com a valorização do trabalho, tudo baseado no princípio da dignidade da pessoa humana²³.

As características da Constituição de 1988 como bem explanadas se tornaram o alicerce para a proteção dos direitos sociais e sua real aplicação, prevendo que o Estado, por qualquer de seus Poderes, deva reconhecer e garantir estes direitos, tendo-os como invioláveis e indispensáveis a uma vida com dignidade e livre das inseguranças causadas pelo aumento do desemprego e da miséria crescentes que agonizam o sistema capitalista globalizado.

²² Neto, Cláudio Pereira de Souza; Sarmiento, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. p. 173.

²³ Ingo Wolfgang Sarlet define este princípio como sendo: Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.60.

2.3 Dano Social como Instrumento de Efetivação dos Direitos Sociais

A conjuntura fática presente no constitucionalismo brasileiro das últimas décadas se tornou terreno propício à real eficácia e validade do dano social como nova categoria de dano dentro da responsabilidade civil. Prova disso é o papel que este novo instituto pode realizar para assegurar mais fortemente o comprometimento e a efetivação dos direitos sociais da Constituição de 1988.

A conclusão a que se chega com as análises já realizadas é que o dano social tem por fundamento de legitimidade e validade constitucional a própria proteção da dignidade da pessoa humana, elemento intrínseco e essencial para a persecução dos direitos sociais e núcleo basilar do Estado Democrático de Direito²⁴.

Pela Teoria Tridimensional do Direito, do doutrinador e Professor Miguel Reale, é possível a análise do fato jurídico por três planos: o do fato em si, o do valor e o da norma. Neste viés, a norma jurídica seria a realização e concretização dentro do plano normativo dos valores tidos pelo legislador como essenciais. Desta maneira, tendo a dignidade da pessoa humana uma posição hierárquica de valor constitucional máximo deve este princípio influenciar a elaboração e a interpretação de novos preceitos. A dignidade da pessoa humana é tida como conjectura para a realização da igualdade material dos indivíduos e para o fortalecimento da própria ideia de democracia, intimamente também ligada à noção de justiça²⁵.

Os direitos sociais entrariam na concepção apresentada por Paulo Bonavides, onde o Professor e doutrinador afirma que são os direitos que “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula²⁶”. Assim, os direitos sociais representariam uma garantia do

²⁴ A partir da questão de dignidade da pessoa humana, preceitua Flávia Piovesan: “A dignidade da pessoa humana, vê-se assim, está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.” PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54-55.

²⁵ Ainda sobre a noção de dignidade da pessoa humana, esta pode ser dividida em três dimensões, sendo elas: (a) dimensão fundamentadora - núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico - positivo; (b) dimensão orientadora - estabelece metas ou finalidades predeterminadas, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico - constitucional; (c) dimensão crítica - serve de critério para aferir a legitimidade das diversas manifestações legislativas. Bulos, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 389-390.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 564.

equilíbrio social com a prestação de condições reais para a aprimoração da concretização da dignidade da pessoa humana.

Pode-se aqui fazer um paralelo com a legitimidade do dano moral. Já é consolidado por muitos estudiosos da área que o dano moral também seria instrumento para uma lesão à dignidade da pessoa humana, como forma de repressão à violações de liberdade e integridade física da pessoa. Neste sentido²⁷:

O dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame e sofrimento podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.

Utilizando o mesmo raciocínio que Cavalieri Filho para a concretização do dano moral no cenário brasileiro, o dano social advém da mesma base teórica de pensamento, mas visando uma tutela coletiva de proteção à dignidade não apenas de um indivíduo, nem mesmo de um grupo coletivo homogêneo dos direitos morais coletivos, mas da sociedade como um todo, de violação de direitos difusos de pessoas indetermináveis.

À propósito, cabe explicar melhor esta diferenciação pessoal deste estudo: Os danos morais individuais são aqueles destinados à uma vítima determinada, de aspecto de violação de direitos individuais. O dano moral coletivo é aquele de índole homogênea ou coletivo em sentido estrito (art.81, parágrafo único, II e III do CDC²⁸), com vítimas determinadas ou determináveis. Já o dano social se enquadraria nas hipóteses do artigo 81, parágrafo único, I²⁹, do CDC, com vítimas indeterminadas ou indetermináveis.

Assim, da mesma maneira com que já se sedimentou o entendimento da plena legitimação dos danos morais a partir de uma ideia de proteção dos ditamos presentes no princípio da dignidade da pessoa humana, o mesmo deve ser entendido para a introdução do dano social para o mesmo fim, diferenciando-se dos demais pelo objeto da tutela pretendida.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. p. 80.

²⁸ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

²⁹ (...)

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

A transformação de uma visão pretérita de individualismo abriu espaço para um olhar mais coletivo, de maneira a possibilitar que as ações humanas que causem um dano à sociedade possam ser reprimidas de maneira a proteger a coletividade como um todo, sendo necessária a essa repressão de condutas ilícitas o surgimento de um instrumento capaz de efetivar os direitos sociais e a dignidade das pessoas e cumprir deste modo a função social da responsabilidade civil.

3. As Transformações da Responsabilidade Civil: O Dano Social

O fato jurídico é um determinado acontecimento da vida que é considerado relevante para a Ciência do Direito e o evento no qual este possa ou deva intervir. Dentro do mundo jurídico, este fato, aqui observado como de *lato sensu*, enseja a criação de uma relação jurídica, que estabelece um objeto a um determinado sujeito e assim cria-se o que é denominado de direito subjetivo³⁰.

Dentre suas classificações, os fatos jurídicos podem ser naturais, ou voluntários decorrentes das ações humanas, e dentro destes, podem ser lícitos ou ilícitos. Os acontecimentos lícitos são aqueles que ocorrem em conformidade com as leis e o ordenamento jurídico vigente, produzindo seus efeitos. Já os fatos ilícitos são aqueles que estão em desconformidade com o sistema de normas e produzem efeitos que geram dano ou um prejuízo a alguém, criando a obrigação de reparação destes malfeitos³¹.

Neste aspecto, surge o estudo e o ramo do Direito Privado denominado de Responsabilidade Civil, que objetiva a reparação do dano sofrido com o intuito de rechaçar os atos ilícitos ou abusos de direito que provocam prejuízos jurídicos para determinada pessoa ou para determinado conjunto de pessoas. Neste sentido³²:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

As condutas humanas que geram a necessidade de reparação podem ser tanto ações, aqui entendidas como sendo um movimento comissivo que cause prejuízo à alguém, quanto omissões, que são aquelas tidas pelo não fazer. Ocorre que, como será exposto, nem sempre o ato ilícito deverá ser reparado, pois nem sempre presentes os pressupostos para tanto, como a

³⁰ "Fatos jurídicos seriam os acontecimentos, previstos em norma de direito, em razão dos quais nascem, se modificam, subsistem e se extinguem as relações jurídicas. O fato jurídico *lato sensu* é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos ,impulsionando a criação da relação jurídica" DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 1. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 319-320.

³¹ Assim é codificada essa obrigação no Código Civil de 2002:

Art. 186: Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito.

Art.187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

³² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 114.

averiguação de imputabilidade (elemento subjetivo do ato ilícito) do agente causador, as condições psíquicas do agente, quanto à antijuridicidade (ou elemento objetivo).

Vale ainda ressaltar que a responsabilidade civil é um ramo que precisa constantemente se transformar na medida em que a sociedade se altera e demanda novas formas de reparação e contenção dos atos ilícitos. Assim, o instituto é matéria dinâmica que constantemente se aperfeiçoa com a introdução de novas teses para acatar as demandas sociais emergentes. A Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em apontamentos sobre a questão da transformação sistêmica da responsabilidade civil assim dispôs³³:

Poucos institutos jurídicos evoluem mais que a responsabilidade civil. A sua importância em face do direito é agigantada e impressionante em decorrência dessa evolução, dessa mutabilidade constante, dessa movimentação eterna no sentido de ser alcançado seu desiderato maior, que é exatamente o pronto-atendimento às vítimas de danos pela atribuição, a alguém, do dever de indenizá-los. Refere-se, neste início de um novo tempo, à necessidade de se definir, de modo consentâneo, eficaz e ágil, um sistema de responsabilidade civil que tenha por objetivo precípuo, fundamental e essencial a convicção de que é urgente que deixemos hoje, mais do que ontem, um número cada vez mais reduzidos de vítimas irressarcidas. Mais que isso. O momento atual desta trilha evolutiva, isto é, a realidade dos dias contemporâneos, detecta uma preocupação – que a cada dia ganha mais destaque – no sentido de ser garantido o direito de alguém de não mais ser vítima de danos. Este caráter de prevenção da ocorrência de danos busca seu espaço no sistema de responsabilidade civil, em paralelo ao espaço sempre ocupado pela reparação dos danos já ocorridos. Há um novo sistema a ser construído, ou, pelo menos, há um sistema já existente que reclama transformação.

Como exemplo destas alterações, pode-se citar a diferenciação intrínseca de valores presentes nos dois últimos Códigos Civis brasileiros. Enquanto o Código de 1916 priorizava a não intervenção estatal nas relações privadas e o individualismo, o Código de 2002 já trazia em sua essência os paradigmas constitucionais de valorização da pessoa humana. Sobre essa real distinção, temos³⁴:

O CC-16, sem diminuir a sua magnitude técnica, em sua crueza, é egoísta, patriarcal e autoritário, refletindo, naturalmente, a sociedade do século XIX. Preocupa-se com o ‘ter’, e não como ‘ser’. Ignora a dignidade da pessoa humana, não se compadece com os sofrimentos do devedor, esmaga o filho bastardo, faz-se de desentendido no que tange aos direitos e litígios pela posse coletiva de terras, e, o que é pior, imagina que as partes de um contrato são sempre iguais. Por tudo isso, a Constituição Federal, consagrando valores como dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a igualdade e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica, deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a

³³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 2.

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. p. 48.

ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária.

A promulgação da Constituição de 1988 operou vigorosa transformação do direito civil, a impor a releitura de todas as suas instituições. A nova carta ensejou tanto a revogação das disposições normativas incompatíveis com o seu texto e seu espírito, quanto a modificação interpretativa de todas as remanescentes. Rompeu com as bases e valores que até então prevaleciam, de cunho liberal, notadamente o individualismo e o patrimonialismo, e inaugurou nova ordem jurídica, calcada em valores existenciais, não patrimoniais, sobretudo no pluralismo e no solidarismo³⁵.

Desta forma, o novo Código Civil foi organizado sob o prisma luz de três princípios³⁶: o princípio da eticidade, que se refere à convergência da finalidade social das normas, o princípio da socialidade, que se contrapôs à ideologia individualista e patrimonialista do Código de 1916, e o princípio da operabilidade, referindo-se à valorização dos poderes do magistrado.

Nesta seara, a teoria da responsabilidade civil foi originariamente edificada tendo como componente percussor da reparação o mau uso da valiosa liberdade individual. A ideia de reparação de dano é algo intrinsecamente presente na sociedade há tempos³⁷ atrás, mas a noção da forma como essa reparação é realizada têm observado grandes transformações e evoluções durante as décadas³⁸.

A antiga concepção romana denominada de “Pena do Talião” presente na Lei das XII Tábuas, trazia a ideia de vingança particular, sem que assim o Estado interviesse. Com o tempo, as transformações em suas espécies e pressupostos foram tantas que se faz necessário aborda-las no contexto brasileiro como forma de evidenciar as demandas sociais atuais e a

³⁵ MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. *Rumos Cruzados do Direito Civil Pós-1988 e do Constitucionalismo de Hoje*. In: TEPEDINO, Gustavo. **Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. p. 263.

³⁶ Segundo preceituou o Professor Miguel Reale, Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, pronunciadas quando da cerimônia de sanção da Lei que instituiu o novo Código Civil. Cf. FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord.). **O Novo Código Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003. p. 19.

³⁷ Como exemplo, podemos citar o instituto romano calcado na vingança pessoal. “sendo uma forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. 3. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p.11

³⁸ Como exemplo, o artigo 1.382 do Código Civil francês, seguiram-se inúmeros outros diplomas civis de países ocidentais, tal como consta dos artigos 159 do Código Civil brasileiro de 1916, 1.902 do Código Civil espanhol, 1.319 do Código Civil uruguaio e 483 do Código Civil português, todos corroborando a ideia de que a responsabilidade civil de um agente causador de danos, em regra, só se concretizaria se presente o elemento subjetivo da culpa. Posteriormente, iniciou-se uma crescente tendência à objetivização da responsabilidade civil.

inevitabilidade da inserção do dano social no cenário como forma de maior satisfação dessas exigências.

3.1 A Responsabilidade Civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O Código Civil de 2002 é o principal conjunto normativo que positiva a responsabilidade civil no Brasil. Entretanto, os seus pressupostos são alvos de constantes divergências entre doutrinadores. À título exemplificativo podemos citar a concepção de Silvio de Salvo Venosa³⁹ que assume quatro pressupostos do instituto, como sendo: “(...) os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e finalmente, culpa.” Já para Maria Helena Diniz⁴⁰, haveriam apenas 3 necessidades, sendo elas: ação ou omissão, dano e a relação de causalidade.

A inclusão da culpa nos pressupostos de responsabilidade na verdade se relaciona com a existência de duas espécies do instituto: a responsabilidade civil objetiva e a subjetiva. Resumidamente, aquela não depende da comprovação de culpa⁴¹ do agente causador para sua configuração e esta depende. Apesar do CC/2002 adotar a responsabilidade subjetiva como regra, há situações, principalmente as que envolvem direitos coletivos ambientais e consumeristas, que se baseiam na responsabilidade objetiva.

Entretanto, a maioria das teorias aceitas hoje pelos estudiosos dessa área engloba o dano para a possibilidade de indenização⁴². Como este pressuposto é o elemento essencial desta pesquisa, será dada maior ênfase a ele, em suas consequências individuais e coletivas e suas alterações.

Atualmente, este elemento vem se expandindo no cenário brasileiro, isto devido a diversos fatores, como a valorização do acesso à justiça presente na Constituição Federal de 1988, a consolidação da viabilidade jurídica de requerer indenizações por danos morais, e o

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. 4. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.13.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 16.

⁴¹ Aqui tida como culpa lato sensu, incluindo o dolo.

⁴² “O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva”. STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. p. 128.

“Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinadamente do dever de indenizar”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. p. 71.

advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990, que abrangeu um extenso círculo humano de influência normativa⁴³.

Podemos conceituar o dano como sendo toda lesão a um bem juridicamente protegido, causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, sendo que, para sua caracterização, faz-se necessário estar presente tanto o prejuízo (a situação fática) quanto a lesão jurídica, sendo a reparação possível nos casos de ato ilícito ou abuso de direito⁴⁴.

Ainda que um fenômeno único, o dano possui dois momentos de ocorrência: o dano evento e o dano prejuízo, sendo ambos decorrentes da conduta, mas com padrões diferenciados e necessários para a conformação da reparação.

O dano evento (imediatos) seria a própria lesão a um direito subjetivo ou a uma norma jurídica, sendo que para sua configuração basta ocorrer a violação à norma ou ao direito, estando presente inclusive nas relações onde se observa a responsabilidade objetiva. Já o dano prejuízo (mediato) seria a consequência resultante desta violação, que pode adquirir aspectos patrimoniais, extrapatrimoniais, observado o indivíduo, ou sociais, observada toda a sociedade. Importante notar que a natureza de um não depende da natureza do outro, como bem preceituou o Professor Antônio Junqueira de Azevedo⁴⁵:

O dano-evento pode ser à pessoa e o dano-prejuízo ser patrimonial. Isso é claro em uma lesão à integridade física de um indivíduo que o leve a deixar de trabalhar. Do mesmo modo, o dano-evento pode ser no patrimônio e o prejuízo ser não patrimonial (moral). Assim ocorre na destruição de um objeto com alto valor de afeição para o dono.

Assim, ao tratarmos de dano, necessária a observância desses dois aspectos fundamentais para a sua análise, o que se mostra importante também para, mais à frente, ser possível caracterizar o dano social como nova categoria de dano, quando observados tanto o momento imediato (dano evento) quanto o momento mediato (dano prejuízo).

A partir da introdução da noção de dano, podemos ainda classificar os mesmos em danos clássicos, já conhecidos e vastamente aplicados pela jurisprudência e doutrina, como

⁴³ A se ver no artigo 2º parágrafo único do CDC: “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”, e o artigo 17 do mesmo diploma: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

⁴⁴ Carlos Alberto Bittar conceitua dano 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”. Cf. BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil: Teoria & Prática**. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 1989. p. 8.

⁴⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2 Ordem*; sua autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 33.

são os danos materiais e os morais, e as novas espécies do instituto, que ganham espaço dentro do sistema jurídico brasileiro, como os danos estéticos, danos por perda de uma chance, danos morais coletivos e, finalmente, os danos sociais.

Resumidamente, os danos materiais ou patrimoniais são aqueles apresentados no artigo 402 do CC/2002, como sendo a indenização do que a vítima ou credora efetivamente perdeu, e o que razoavelmente deixou de lucrar. Desta forma, essa espécie de dano seria aquele que repercute diretamente no patrimônio da vítima, podendo ocorrer de duas formas: sofrendo efetiva diminuição (danos emergentes), ou privando a vítima de obter valores que teria conseguido se a ação ilícita não a interrompesse (lucros cessantes). Tal dano, segundo Paulo Roberto Ribeiro Nalin⁴⁶:

Decorre do bem jurídico tutelado que vem a sofrer o dano do qual decorre a responsabilidade civil. Pois estes bens jurídicos tem possibilidade de avaliação direta, por moeda, sendo este o sinal inafastável de sua patrimonialidade e conseqüente localização dentro da espécie de dano material.

Essa divisão também pode ser encontrada em vários códigos civis de outros países, a exemplo do que ocorre na Espanha, Argentina e Itália, sendo suscetíveis de avaliação pecuniária e conseqüente indenização⁴⁷.

Por exclusão, o dano extrapatrimonial é todo aquele que não é passível de avaliação direta por moeda⁴⁸, sendo também denominado de dano imaterial. Este dano traz a ideia de

⁴⁶ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Responsabilidade Civil: Descumprimento do contrato e Dano Patrimonial**. Curitiba: Juruá, 1996.

⁴⁷ Neste sentido temos o Código Civil Espanhol:

“Artículo 1106. La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

Código Civil Argentino:

“Art. 519. Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inexecución de ésta a debido tiempo

Art. 1.069. El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras "pérdidas e intereses".

Código Civil Italiano:

Art. 1223 Risarcimento del danno Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (1382, 1479, 2056 e seguenti).

Art. 2056 Valutazione dei danni Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso

⁴⁸ “É a lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro”. Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. p. 55.

lesão aos direitos de personalidade, inclusive o de pessoas jurídicas⁴⁹, encontrados nos arts. 11 a 21 do CC/2002, visando uma reparação pelos sofrimentos enfrentados⁵⁰.

Não se trataria de meros aborrecimentos do dia-a-dia, mas uma reparação à pessoa que é afetada em seu ânimo psíquico, moral e intelectual, seja por ofensa à sua honra, na sua privacidade, intimidade, imagem, nome ou em seu próprio corpo físico, devidamente positivada no artigo 186 do Código Civil⁵¹, onde o Professor José Afonso da Silva aponta⁵²:

A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (artigo 221, IV). Ela, mais que as outras, realçou o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (artigo 5o, incisos V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí por que o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental.

Diante do caráter extrapatrimonial desta espécie de dano, existem ainda subdivisões do mesmo, como os de sentido próprio (aquilo que a pessoa efetivamente sente⁵³), impróprio (o sentido amplo da lesão aos direitos fundamentais), provado ou subjetivo (cabe ao autor provar o dano), presumido ou objetivo (o fato, por si só comprova o dano)⁵⁴, direto (atinge diretamente a pessoa) e indireto (atinge indiretamente).

O Superior Tribunal de Justiça ainda consolidou o entendimento de que é possível a cumulação dos pedidos de dano material e dano moral na mesma ação⁵⁵, ainda possibilitando a inclusão dos danos estéticos⁵⁶, demonstrando que os objetos tutelados por estas espécies são diferenciados e suas indenizações distintas.

⁴⁹ Nos termos da Súmula nº 227 do STJ e art. 52 do CC/2002.

⁵⁰ Há doutrinadores, como Sérgio Severo, que consideram que a classificação do dano moral apenas como lesão aos direitos fundamentais uma noção que diminui seu alcance. Para o autor, “não justificaria a sua definição substancial, pois tal concepção constituiria uma limitação desnecessária ao instituto”. Cf. SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁵¹ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 201.

⁵³ Há situações em que este quesito não se verifica, como o caso da possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral (Súmula 227 do STJ)

⁵⁴ “Doutrinadores têm defendido que o prejuízo moral que alguém diz ter sofrido é provado in re ipsa (pela força dos próprios fatos). Pela dimensão do fato, é impossível deixar de imaginar em determinados casos que o prejuízo aconteceu – por exemplo, quando se perde um filho”. >Disponível em:

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255

⁵⁵ Súmula nº 37: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

⁵⁶ Súmula nº 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

A proliferação de novas categorias de danos, até então desconhecidos é demonstrada por Noronha, como um cenário onde⁵⁷:

Em tempos ainda recentes, os danos suscetíveis de reparação eram quase que somente os patrimoniais e individuais. A necessidade sentida pela sociedade de não deixar dano nenhum sem reparação é que mudou as coisas. Em primeiro lugar, gerou um avassalador movimento em prol da reparação dos danos extrapatrimoniais (ou morais, em sentido amplo), que, por contraposição aos danos que acarretam prejuízo econômico, atingem valores somente de ordem corporal (danos puramente corporais) ou espiritual e moral (danos anímicos, ou morais em sentido estrito). (...) Em segundo lugar, conduziu ao reconhecimento da necessidade de tutelar também os danos transindividuais (também chamados de supra-individuais ou metaindividuais), que são os que resultam da violação dos chamados interesses difusos e coletivos, definidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), art. 81, parágrafo único, I e II. Trata-se de danos que dizem respeito a bens do interesse da generalidade das pessoas que integram uma comunidade, destacando-se, dentre eles, os prejuízos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens ou direitos da coletividade.

Sobre os danos estéticos, estes seriam conceituados e classificados como sendo aquelas deformidades que alteram a aparência física do indivíduo e o agridem em sua autoestima, alterando o corpo em sua forma original, anteriormente à lesão⁵⁸. Ainda pode-se citar como nova categoria de dano àquela referente ao ato ilícito ou abuso de direito que leva à perda de uma chance. Este dano se dá por uma oportunidade perdida ligada a uma probabilidade, uma real chance que possivelmente aconteceria caso a conduta do causador não existisse⁵⁹.

A doutrina possui a orientação dominante de que os danos extrapatrimoniais teriam natureza jurídica dúplice na reparabilidade, ou seja, primeiramente estaria focada na reparação ou compensação do dano e um outro ponto de vista pedagógico, o que também é a tese mais utilizada e aceita dentro dos Tribunais⁶⁰.

⁵⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 542.

⁵⁸ Segundo Maria Helena Diniz: “dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeição da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa. P. ex.: mutilações (ausência de membros - orelhas, nariz, braços ou pernas etc.); cicatrizes, mesmo acobertáveis pela barba ou cabeleira ou pela maquiagem; perda de cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes, da voz, dos olhos (RJTJSP, 39:75); feridas nauseabundas ou repulsivas etc., em consequência do evento lesivo”. Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 7. p. 61-63

⁵⁹ O caso emblemático e percussor dessa nova categoria no cenário brasileiro ficou conhecido no Resp. nº 788.459/BA, do ano de 2005, popularmente conhecido como “a indenização do Show do Milhão”, onde a autora do caso alegava ter perdido a chance de ganhar 1 milhão de reais no programa, em razão da pergunta final não ter resposta correta.

⁶⁰ Vide Apelação Cível nº10629120023953001 - TJMG (Julgamento: 20 de Fevereiro de 2014. Relator: Fernando Caldeira Brant) e Apelação Cível nº 00036067820048260072 SP 0003606-78.2004.8.26.0072 TJSP(Julgamento: 3 de Setembro de 2013. Relator: Adilson de Araújo) como precedentes.

Entretanto, o que será demonstrado no presente estudo é uma tendência e transformação desta natureza para uma construção do caráter tríplice dos danos extrapatrimoniais, ou seja, de caráter compensatório, pedagógico e também desestimulador, com o intuito de estimular 3 funções diferentes: 1) uma direcionada à vítima 2) outra direcionada ao causador do dano 3) e a última a fim de dissuadir e/ou prevenir nova prática do mesmo tipo de evento danoso dispendo que tanto o responsável pelo evento danoso não deve repeti-lo como também a sociedade, razão pela qual esta também é denominada de pedagógica ou educativa.

Se anteriormente a responsabilidade civil tinha seu enfoque na reparação da vítima, a evolução social e o reconhecimento de uma necessidade maior de preservação da dignidade da pessoa humana e da sociedade como um todo fez com que fosse possível visualizar uma indenização no enfoque do causador do dano e de seu desestímulo e em uma punição ao seu ato ilícito⁶¹. É a partir daí e no contexto de inovação entre os elementos clássicos da responsabilidade civil e as novas incitações da contemporaneidade que surge a função punitiva do instituto.

Os códigos europeus, atualmente, vêm se preocupando mais com os deveres do ofensor do que a compensação da vítima, de forma a estabelecer uma relação entre a reprovabilidade da conduta e a injustiça do dano. Segundo a doutrinadora Arianna Thiene: “o critério da injustiça é *in re ipsa* e não há a necessidade de ser conexo com a lesão de um interesse juridicamente protegido”⁶².

Em sua obra “Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social”, Antônio Junqueira de Azevedo ainda nos proporciona a reflexão acerca das sanções cíveis, a fim de que esta sirva como método para inibir e mitigar a chance de constatação das hipóteses onde o agente causador entenda que as suas consequências na conduta do ato ilícito sejam inferiores ao lucro auferido pelo resultado deste comportamento.

A função punitiva então, ao contrário da teoria clássica da reparação da vítima, é focada na pena e no ofensor, e não apenas na recomposição patrimonial daquela. O fundamento por trás dessa ideia seria pedagógico e de desestimular práticas de condutas socialmente intoleráveis, inibindo futuras violações. Sérgio Cavalieri Filho menciona que esse

⁶¹ Segundo S.Carval: “A função punitiva da responsabilidade civil é largamente aplicada para assegurar a proteção dos atributos da personalidade. Sob a máscara da reparação de um dano, ela é utilizada para sancionar violações de normas de conduta. Rápida e rigorosa, a condenação civil tornou-se indispensável, concorrendo com aquela penal”. CARVAL, S. **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée**, Paris: LGDJ, 1995. p. 43.

⁶² THIENE, Arianna. **Nuovi Percorsi della responsabilità civile**. Dalla condotta allo status. Milano: Cedam, 2006. p. 99-100.

caráter punitivo surge como reflexo da mudança do paradigma da responsabilidade civil, atendendo a dois objetivos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição). Ainda diz o autor⁶³:

Na verdade, em muitos casos o que se busca com a indenização pelo dano moral é a punição do ofensor. Pessoas famosas, atingidas moralmente por noticiários de televisão ou jornais, constantemente declaram na petição inicial da ação indenizatória que o valor da eventual condenação será destinado a alguma instituição de caridade. O mesmo ocorre quando a vítima do dano moral é criança de tenra idade, doente mental ou pessoa em estado de inconsciência. Nesses casos - repita-se - a indenização pelo dano moral atua mais como forma de punição de um comportamento censurável que como compensação.

Frisa-se a necessidade de diferenciação entre função punitiva da responsabilidade civil e o instituto conhecido no modelo anglo-saxão como “*punitive damages*”. Aquela, como preceitua a Professora Ana Frazão, seria “utilizada como alternativa distinta dos danos punitivos ou multas privadas, contornando, com isso, vários dos problemas relacionados a estes últimos, tais como: a ausência de legitimidade da vítima para pleitear valores que correspondem a sanções, a falta de causa legítima para o enriquecimento da vítima, dentre outros”⁶⁴. A indenização punitiva (*punitive damages*) é caracterizada como sendo “a indenização, não compensatória ou nominal, conferida com intuito de punir alguém por sua conduta ultrajante e dissuadir o ofensor e outros como ele de condutas similares no futuro”⁶⁵, mas este valor se destinaria à própria vítima.

Desta maneira, quando analisados principalmente casos de danos extrapatrimoniais, a função punitiva das indenizações se diferencia dos danos punitivos na medida em que aquelas destinam o valor resultante à fundos de direitos voltados à toda uma sociedade, e os “*punitive damages*” são voltados à própria vítima, o que, no Brasil, sofre bastante resistência pelo próprio perigo do enriquecimento sem causa⁶⁶.

Uma das principais críticas atuais à função punitiva é quando esta se volta para a vítima que pleiteou dano moral individual e obteve majoração da indenização, com um caráter

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. p. 85.

⁶⁴ FRAZÃO, Ana. *O Dano Social e Dumping Social no Direito do Trabalho*: Perspectivas e Limitações. p.12.

⁶⁵ Restatement (Second) of Torts § 908, 1979.

⁶⁶ Sobre o tema, discorre Carlos Roberto Gonçalves: “A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das *punitive damages* do direito norte-americano é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico-constitucional da legalidade das penas, já mencionado. Ademais, pode se fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo as indenizações em proveito do próprio lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento.” GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 678.

nítido dos *punitive damages*. Neste cenário, haveria uma confusão entre os institutos da função punitiva e do conceito norte americano, já que a sua principal diferenciação, a destinação do valor punitivo, estaria baseada neste cenário no modelo anglo-saxão, o que vem sendo duramente criticado pelo problema já mencionado do locupletamento indevido.

Apesar desta exceção, o que se assenta no presente trabalho é que este intenta basear-se na diferença conceitual já explicitada, entre a função punitiva e os *punitive damages*, no que se refere à destinação dos mesmos, aquela sendo lícita no ordenamento jurídico brasileiro e esta encontrando barreiras no enriquecimento à custa de outrem.

A difícil aceitação no cenário brasileiro da responsabilidade civil de função punitiva ainda é observada devido à separação intrínseca do ordenamento jurídico entre o direito civil e penal, mas essa repartição e afastamento devem ser revistos. Sobre essa necessidade de retificação⁶⁷:

O momento que estamos vivendo, especialmente no Brasil, de profunda insegurança quanto à própria vida e incolumidade física e psíquica, deveria levar todos os juristas, independentemente do seu campo de atuação, a refletir e procurar soluções para aquilo que poderíamos afirmar, pedindo desculpas, se for o caso, aos penalistas, como ineficiência do direito penal para impedir crimes e contravenções – atos ilícitos, na linguagem civilista. Segue-se daí que a tradicional separação entre direito civil e direito penal, ficando o primeiro com a questão da reparação e o último com a questão da punição, merece ser repensada.

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado recentemente em sentido de aplicação da pena civil em certos casos⁶⁸, o que possibilita e dá margem a introdução mais intensa desta área na jurisprudência pátria. Além disso, parte da doutrina já vem aderindo e aceitando o instituto, a exemplo de Mauro Cappelletti, autor que alerta para as situações em que o ofensor possui menor custo em apenas reparar o dano sofrido do que o que gastaria para evitar que acontecimentos ilícitos futuros ocorressem à sociedade, de modo que argumenta uma possibilidade de abandono da concepção privatista e adota uma concepção “quase penalística e coletiva”⁶⁹.

⁶⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. p. 378-379.

⁶⁸ Como referência podemos citar o AgInt no AREsp 913.481/MT, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 28/09/2016 e EDcl no REsp 1635464/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 11/05/2017.

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça civil*. **Revista de Processo**, n. 5, v. 2, jan./mar. 1997. p. 152-153.

O desafio na realidade de aplicação desta orientação no Brasil se encontra ainda diante dos riscos e dificuldades para solidificar critérios para hipóteses de delimitação de punição como para a quantificação das indenizações requeridas a este título⁷⁰.

Entretanto, esse novo entendimento da responsabilidade civil ensejou a abertura para a existência de novos danos, como o dano social, que serão atingidos diretamente por esse novo caráter e natureza punitiva das indenizações, principalmente com o intuito de assegurar a efetividade de interesses transindividuais.

3.2 A Teoria do Dano Social de Antônio Junqueira de Azevedo

Em 2008, o então Professor Titular do Departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo, Antônio Junqueira de Azevedo, publicou uma série de 34 ensaios, artigos e pareceres sobre temas do direito privado brasileiro na obra “Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado”, onde trouxe um panorama sobre os novos desafios contemporâneos da área jurídica, em particular do direito civil.

Neste estudo, o Professor reservou um capítulo inteiramente à discussão das possibilidades de concessão de novas modalidades de dano, onde defendeu a tese do dano social. Na oportunidade, observou que existem determinados atos (aqui enquadrados como dolosos ou gravemente culposos) que são lesivos não apenas ao patrimônio material ou extrapatrimonial de um indivíduo, mas que afeta toda uma sociedade, com um consequente rebaixamento imediato do nível de vida da população, ultrapassando a esfera individual da questão⁷¹.

Foi então que a partir dessa constatação, e levando em consideração também todos os pressupostos constitucionais e de transformação da responsabilidade civil já mencionados, que foi defendida a existência nestes casos do dano social. Assim, essa nova espécie teria por cerne a questão da diminuição da qualidade de vida e tranquilidade social, em uma quebra de

⁷⁰ Vide REsp 839.923/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15.05.2012, DJe 21.05.2012 e REsp 210.101/PR, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 20.11.2008, DJe 09.12.2008.

⁷¹ “Os exemplos podem ser pitorescos: o pedestre que joga papel no chão, o passageiro que atende ao celular no avião, a loja do aeroporto que exagera no preço em dias de apagão aéreo, a pessoa que fuma próximo ao posto de combustíveis, a empresa que diminui a fórmula no medicamento, o pai que solta o balão com o seu filho. Mas os danos podem ser consideráveis: a metrópole que fica inundada em dias de chuva, o avião que tem problema de comunicação o que causa um acidente aéreo de grandes proporções, os passageiros já atormentados que não têm o que comer (já que a empresa aérea não paga o lanche), o posto de combustíveis que explode, os pacientes que vêm a falecer, a casa atingida pelo balão que pega fogo. Diante dessas situações danosas que podem surgir, Junqueira de Azevedo sugere que o dano social merece punição e acréscimo dissuasório, ou didático”. TARTUCE, Flávio Murilo *Reflexões sobre o dano social*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537#_ftn27>. Data de acesso: 03.04.2017.

confiança, tanto em situações contratuais como paracontratuais, que acarretaria redução nesta qualidade de vida coletiva, que muitas sociedades têm medido através de índices como o IDH⁷².

Assim, além dos danos individuais provenientes do ato ilícito combatido, existira a possibilidade de concessão de indenização pelo dano social, que seria como visto revertido a um fundo para a reposição da sociedade, visando restaurar seu nível social posto em risco pela conduta do ofensor. Antônio Junqueira de Azevedo ainda explica que o art.944 do Código Civil – que limita a indenização à extensão do dano- não seria um impeditivo à concessão do dano social, na medida em que o dano também foi estendido à comunidade, devendo o ofensor repará-la.

O dano social, apesar de contemplar a ideia de reparação à sociedade, também é dotado de nítida função punitiva. Isto porque ele parte do raciocínio de dissuadir atos que não podem e não devem ser repetidos, o que o autor denomina de “atos negativamente exemplares”. O doutrinador cita como exemplo a situação de uma empresa de transporte aéreo que possui a tendência reiterada de atrasar seus vôos, rebaixando o nível coletivo de vida das pessoas que usam seus serviços para se deslocar de lugar para lugar. Neste sentido, apenas uma ação individual de um ou alguns passageiros não seria hábil suficiente para forçar a mudança na prática empresarial, diminuindo as expectativas de bem estar coletivo, devendo a indenização, se proposta pelos legitimados para tanto, ser majorada ainda com o intuito dissuasivo e pedagógico, para que principalmente as grandes empresas se mobilizem para melhorar seus serviços⁷³.

Como já mencionado, este não pode ser confundido com os danos morais coletivos, sendo os dois espécies diferentes da categoria dos danos extrapatrimoniais transindividuais. Estes são conceituados como danos não patrimoniais decorrentes da violação de interesses e individuais homogêneos – que aqui seria a espécie do dano moral coletivo que são determinados ou determináveis – ou da violação de direitos difusos – onde aqui se insere o dano social, porque este não conseguiria ser acostado pelo dano coletivo ante a sua indivisibilidade.

⁷² AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. p. 381.

⁷³ Neste sentido: “(...) a segurança que se prende às funções preventiva e punitiva é uma segurança social, na linha do princípio da solidariedade, objetivando a transformação social pela via constitucional da remoção de obstáculos de ordem econômica e social que limitam de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana”. ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 83.

Abordado o tema e suas delimitações, o grande desafio hoje para a implementação mais forte do instituto diz respeito aos obstáculos quanto às hipóteses de delimitação do uso do dano social, a quantificação das indenizações e a necessidade de garantias processuais e de devido processo legal ao ofensor, o que será amplamente debatido.

3.4 Os Requisitos da Caracterização dos Danos Sociais

O Direito Administrativo e o Direito Penal são ambos regidos por princípios como o da legalidade e o da tipicidade. Nesta orientação, o Estado funda-se na ordem legalmente estabelecida, devendo atuar da forma com que a lei direciona, evitando arbitrariedades e visando a proteção e eficácia dos Direitos Fundamentais. Neste sentido, apenas a norma pode estabelecer conduta típica ensejadora de uma sanção.

A regra é a legalidade, partindo do pressuposto de que toda imposição de pena deve estar abatizada em prévia disposição legal do princípio da *nulla poena sine lege*⁷⁴, mas há situações em que pode haver uma flexibilização destes princípios em prol dos valores constitucionais, principalmente na seara privatista, onde a satisfação da vítima somente encontraria respaldo realista se flexibilizassem essa exigência de previsão legal aos danos com caracteres punitivos. Assim também é o posicionamento da Professora Ana Frazão⁷⁵:

Pode-se até aceitar que as garantias da legalidade e tipicidade dirigem-se especialmente ao direito penal e ao direito administrativo sancionador e, por essa razão, podem ser flexibilizados no direito privado, diante dos demais valores constitucionais que se busca assegurar por meio das indenizações por danos extrapatrimoniais transindividuais.

Por mais que esta flexibilização seja possível, ela também não pode ser regra, de maneira que haja um rigor conceitual para os critérios de estabelecimento das indenizações por danos sociais, não deixando o instituto cair nas mãos de arbitrariedades de juízes e de pessoas não legitimadas para tanto, necessitando uma densificação da sua fundamentação e utilização.

Para que não ocorra uma multiplicação desenfreada de novos danos sem uma tipificação concreta da conduta e para que o ofensor não fique à mercê de um juízo de

⁷⁴ Esse princípio, tradicionalmente expresso na regra *nullum crimen, nulla poena sine lege* e geralmente consagrado nos dispositivos de abertura dos Códigos penais modernos, tem raízes na Magna Carta, da Inglaterra (1215), e nas *Petitions of rights*, norte-americanas, mas foi formulado em termos precisos na Declaração dos Direitos do Homem, da Revolução Francesa: ‘Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada’(art. 8o). [4] BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** v.1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 206-207.

⁷⁵ FRAZÃO, Ana. *O Dano Social e Dumping Social no Direito do Trabalho: Perspectivas e Limitações*. p.13.

discricionarietà muito grande sem o devido processo legal e das garantias do mesmo, faz-se necessária uma delimitação das hipóteses de incidência do dano social. Melhor seria se o instituto em análise fosse devidamente sistematizado pelo legislador, para que existissem requisitos tipificados para a sua configuração, mas na ausência de norma, faz-se imprescindível uma cautela para o uso do dano social em casos excepcionais e detalhadamente analisados.

Neste sentido, o próprio percussor dessa nova categoria, Professor Antônio Junqueira de Azevedo estipula que para a ocorrência do dano social, a conduta deve ser dolosa ou gravemente culposa⁷⁶. Entretanto, admite a possibilidade de limitação tanto em questões de responsabilidade objetiva quanto em responsabilidade subjetiva.

Aqui, inicia-se uma crítica a esta visão do autor, admitindo para o estudo apenas a ocorrência de dano social nas hipóteses de responsabilidade subjetiva. É assim devido ao fato de que parte-se do pressuposto que os atos idôneos a gerar danos à toda uma sociedade só ocorrem quando observadas a intensidade do mesmo, ou seja, deve existir como casos excepcionais à uma alta reprovabilidade da conduta para que surja a necessidade de uma função punitiva de desestímulo e educação⁷⁷.

Inclusive, em modelos como o anglo-saxão de *punitive damages*, há a necessidade de atendimento a requisitos rigorosos para sua concessão, como a análise da conduta do ofensor, ou seja, a aferição do elemento subjetivo do autor da lesão para a quantificação da reparação. De acordo com os estudos de Bodin sobre o tema⁷⁸:

Punitive damages, em sua atual formatação nos Estados Unidos, são indenizações obtidas pela vítima quando os atos do ofensor forem considerados maliciosos, violentos, opressivos, fraudulentos, temerários ou significativamente (“grotescamente”) negligentes. Assim, e diversamente do que muitos crêem, a indenização por punitive damages não ocorre em casos de simples culpa.

De acordo com seis grandes estudos que revisam os danos punitivos desde 1985 nos Estados Unidos, os júris americanos concederam indenizações punitivas em aproximadamente 2% a 9% de todos os casos em que os demandantes venciam. Supondo uma taxa média de

⁷⁶ O autor afirma que: “a culpa simples, para as nossas considerações, aqui, não importa”. Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. p.380

⁷⁷ Por outro lado, Antônio Junqueira de Azevedo afirma que se a finalidade da indenização for a de dissuasão, nem é preciso examinar o dolo ou a culpa grave, o que parece grave diante da possibilidade que se abre com este raciocínio de arbitrariedades na sua concessão indiscriminada.

⁷⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. RTDC, v. 5, n. 18, abr./jun. 2004. p.56-57. Disponível em: <http://www.prto.mpf.mp.br/pub/biblioteca/PunitiveDamagesSistemaCivilista.pdf>. Acesso em 06.06.2017.

sucesso de 50% para os demandantes, os danos foram concedidos em apenas 1% - 4.5% de todos os julgamentos civis, o que demonstra a sua excepcionalidade⁷⁹.

Feito o paralelo com o instituto do *punitive damages*, que não se confunde com os danos sociais como já explicitado, mas apenas serviu de base de compreensão de necessidade de aferição de culpa, deve-se então, como critério de caracterização do instituto, estabelecer um juízo de reprovabilidade sobre a conduta de uma pessoa, tendo-se em conta a prudência e a diligência do atuar do sujeito, sendo o dano social configurado quando analisada a presença do dolo⁸⁰ ou da culpa grave⁸¹.

Ainda podemos incluir dentro desta nova categoria de dano tanto os casos onde este elemento subjetivo (dolo ou culpa grave) se deu de forma contratual, quando o dever tiver por fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, como é o caso já mencionado dos usuários de companhias aéreas, quanto em casos extracontratuais, tendo a causa geradora o desrespeito a uma lei ou um princípio geral do Direito.

Desta forma, o ofensor deve ter agido de maneira a intentar ou ao menos com o intuito de prejudicar ou ter a consciência que pôs em risco o bem estar social, o que gerou um rebaixamento na qualidade de vida, em uma conduta altamente reprovável⁸². Então, o que se deve observar neste estudo é uma análise de quatro pressupostos: uma conduta positiva ou omissão, o ato ilícito causado, o nexos de causalidade entre os dois e o elemento subjetivo do dolo ou culpa grave.

Outra questão é a dificuldade na quantificação dos danos sociais, especialmente por este se constituir como espécie dos danos extrapatrimoniais. Há muito tempo a dificuldade da quantificação destes tipos de dano tem preocupado o mundo jurídico em virtude do número

⁷⁹ W. Kip Viscusi, *The Blockbuster Punitive Damages Awards*, 53 EMORY L.J. 1405, 1405-08, 1428 tbl.1 (2004) (discussing the media attention given to punitive damages awards, the interest of tort reformers, and the rise of "blockbuster" awards, ranging from \$100 million to over \$1 billion); see *Williams v. Philip Morris Inc.*, 127 P.3d 1165, 1167-68, 1171 (Or. 2006) (affirming a punitive damages award of \$79.5 million against Philip Morris based on a plaintiff smoker's compensatory damages award of \$521,485), vacated sub nom. *Philip Morris USA v. Williams*, 127 S. Ct. 1057 (2007); infra note 83 (discussing the activity of state legislatures and tort reformers).

⁸⁰ Por dolo temos: "Quando existe uma intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar." Cf. STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. p. 97.

⁸¹ Como sendo: "embora não intencional, o comportamento do agente demonstra que ele atuou como se tivesse querido o prejuízo causado à vítima". Cf. STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. p. 101.

⁸² Assim dispõe Maria Celina Bodin, afirmando que a função punitiva só deve ser utilizada "quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, tratando-se, por exemplo, de conduta ultrajante ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso de prática maliciosa, danosamente reiterada". MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**, Ed. Renovar, p. 263.

Súmula nº 281 do STJ: "A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa".

cada vez maior de procura por demandas reparatórias, sem que exista qualquer norma constitucional ou infraconstitucional para o seu arbitramento.

São duas as saídas para o problema: o critério da tarifação, pelo qual o *quantum* das indenizações é prefixado, mas que não possui aplicação no ordenamento jurídico brasileiro⁸³, e o critério de arbitramento pelo juiz ao analisar os contornos do caso concreto, sempre motivando tal determinação, presente no artigo 953, parágrafo único do Código Civil de 2002⁸⁴, e visto como meio mais eficiente para se fixar os danos extrapatrimoniais. Assim, caberia ao magistrado, de acordo com seu prudente arbítrio e observando a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estipular uma quantia a título de reparação.

Por mais que a quantificação por arbitramento seja o mais aceito, também é necessário observar prudência e bom senso do juiz na fixação destes danos, não o tornando injusto de nenhuma maneira. Neste sentido também é o posicionamento de Sérgio Cavalieri Filho quando de seu estudo da quantificação dos danos morais, *in verbis*⁸⁵:

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

Nesta orientação, há recomendações aprovadas que buscam critérios mais ou menos uniformes para a determinação dos danos extrapatrimoniais, como foi o caso do IX Encontro dos Tribunais de Alçada ocorrido em São Paulo, onde foi recomendado que “Na fixação do dano moral, deverá o juiz, atentando-se ao nexos de causalidade inscrito no art. 1060 do Código Civil (ainda de 1916), levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do *quantum*, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado”.

⁸³ Isto porque, se dando conhecimento antecipado de valores prefixados, as pessoas podem analisar a consequência do ato ilícito e confrontar com os benefícios, que, em contrapartida, poderiam obter.

⁸⁴ Art. 953. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. p. 103-105.

Analisada está questão delicada dos danos extrapatrimoniais, este ponto se torna ainda mais difícil quando observados os danos decorrentes de direitos transindividuais, como é o caso dos danos sociais, devido ao fato de que o ato ilícito passível de reparação não é referente a uma pessoa concreta lesada, mas a um coletivo indeterminado muito mais inconstante.

Nos Estados Unidos, a quantificação dos *punitive damages* também é bastante sensível. Isto porque, na maioria dos estados norte-americanos⁸⁶, o procedimento para a quantificação ocorre de maneira "bifurcada", com o júri lidando com os diferentes elementos da indenização (a parte compensatória e a parte extracompensatória) e suas respectivas quantificações em etapas diferentes do julgamento. As tentativas neste modelo de evitar arbitramentos surgem com sugestões diversas, tais quais a necessidade dos magistrados americanos estabelecerem tetos para os montantes, como uma forma de dosimetria, até a existência de leis prevendo esses máximos indenizatórios ou excluindo a aplicação dos *punitive damages* em determinados casos⁸⁷.

Os esforços da Suprema Corte Americana para inserir o devido processo legal constitucional dentro das lides envolvendo o uso de "*punitive damages*" tiveram início em 1996, no caso percussor do "*BMW of North America, Inc. v. Gore*⁸⁸", onde os danos punitivos foram reduzidos pela invocação da cláusula do devido processo legal pela décima quarta emenda do país⁸⁹.

A controvérsia principal se baseava em uma compra de um carro modelo BMW pelo autor da demanda, Dr. Ira Gore, que descobriu posteriormente que o veículo tinha sido repintado antes de comprá-lo. A empresa ré revelou que sua política era vender carros danificados como novos se o dano pudesse ser fixado para menos de 3% do custo do carro. O júri do Estado do Alabama concedeu então \$ 4.000 em danos compensatórios (valor perdido do carro) e \$ 4 milhões em danos punitivos, que foi reduzido mais tarde a \$ 2 milhões pela Suprema Corte do Alabama. A justificativa foi que os danos punitivos resultaram não só dos danos causados ao Dr. Gore, mas do comportamento reiterado da BMW em um amplo

⁸⁶ Dentre eles, Califórnia, Montana, Nevada, New Jersey, Texas e West Virginia. KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009.p. 311-321.

⁸⁷ Como exemplo, o *Personal Responsibility in Food Consumption Act* proibiu o uso de *punitive damages* em ações ajuizadas por pessoas que estejam acima do peso contra os restaurantes de comida *fast-food*.

⁸⁸ *BMW of North America, Incorporated, Petitioner v. Dr. Ira Gore, Jr.* 517 U.S. 559. 116 S. Ct. 1589; 134 L. Ed. 2d 809; 1996 U.S. LEXIS 3390; 64 U.S.L.W. 4335; 96 Cal. Daily Op. Service 3490; 96 Daily Journal DAR 5747; 9 Fla. L. Weekly Fed. S 585.

⁸⁹ Emenda XIV (*Ratificada em 9 de julho de 1868*): Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência.

espectro de compradores ao longo de um período de vários anos em que a empresa reparou veículos danificados e vendeu-os como novos para compradores desavisados, como algo rotineiro.

O Tribunal, em parecer do juiz Stevens, concluiu que para os danos punitivos, as violações devem ser razoavelmente qualificadas para reivindicar o legítimo interesse do Estado em punição e dissuasão. Os danos punitivos não podem ser "grosseiramente excessivos" - se eles são então eles violam substantivamente o devido processo. A Corte também estabeleceu três "orientações" para avaliar a constitucionalidade de tais indenizações: (1) o grau de reprovabilidade do comportamento do réu; (2) o nexos entre a indenização punitiva concedida e o dano real ou potencial sofrido pelo requerente; e (3) a diferença entre os danos punitivos concedidos pelo júri e as sanções civis autorizadas ou impostas em casos comparáveis. A questão da problemática da quantificação desses tipos de danos mostra-se também preocupante para a jurisprudência americana, como cita a autora Alexandra B. Klass⁹⁰:

The environmental harm cases are simply an illustration of how the ratio guidepost has been tied too closely to a compensatory damages award rather than to the total harm caused by the defendant. This leads to cases where punitive damages are lowered excessively and thus not allowed to serve their primary purposes of punishment and deterrence. Notably, despite the significant attention given to punitive damages in general, over the past ten years, neither the Supreme Court nor legal scholars have given much, if any, attention to the problem of valuing harm.

Em muitos Estados norte americanos, os júris então são instruídos a considerar a reprovabilidade, rentabilidade, duração e a dissimulação da má conduta do ofensor, o grau de consciência do réu de sua conduta ilícita, a atitude do mesmo ao descobrir o erro, a condição financeira do causador⁹¹, o efeito total de outras punições susceptíveis de serem impostas e a

⁹⁰ KLASS, Alexandra. **Punitive Damages and Valuing Harm**. Disponível em: <http://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=faculty_articles>. Acesso em 05.04.2017.

⁹¹ Embora a Suprema Corte tenha advertido que a riqueza de um acusado não pode justificar uma sentença, por este embasamento ser inconstitucional, reconheceu que não é impróprio para os estados permitir que os júris utilizem a riqueza do réu para avaliar os danos punitivos, como muitos estados assim realizam, a exemplo: Estado Farm Mut. Auto. Ins. Campbell, 538 U.S. 408, 427-28 (2003) (citando BMW de N. Am., Inc. v. Gore, 517 US 559, 591 (1996) (Breyer, J., concordando); Pac. Mut. Life Ins. (V. Haslip, 499 U.S. 1, 21-22 (1991) (descobrendo que os padrões do Alabama para a revisão de prêmios de danos punitivos, que permitem que a riqueza do réu seja uma das muitas considerações, restringem suficientemente o critério do júri). O raciocínio para permitir que os jurados considerem a riqueza do réu na avaliação de danos punitivos, mas não de danos compensatórios, é que obviamente leva mais dinheiro para punir um arguido rico e impedir a má conduta futura do que um réu de meios modestos. Veja ID. A 1068; Infra notas 335-39 e texto de acompanhamento. DOBBS, supra nota 42, em 1066-67 (listando os fatores "tradicionais" para avaliação de danos punitivos); SCHLUETER,

relação entre o montante das indenizações punitivas e o prejuízo efetivamente sofrido pelo requerente.

Desta forma, até no modelo anglo-saxão, os danos punitivos devem ser observados e quantificados com moderação, com o objetivo de retirar uma discricionariedade ilimitada dos jurados para uma responsabilidade equitativa e de observância dos riscos decorridos de indenizações demasiadamente e irrestritamente muito altas. Aqui no Brasil essa preocupação de razoabilidade deve ser observada nas ações do magistrado, devendo o mesmo, ao menos, devido ao vaco normativo destas indenizações, procurar uma base analógica em outros casos semelhantes para parâmetros mínimos de objetividade aptos a servirem de ponto de partida para a estipulação do *quantum* indenizatório, para que não ocorram condenações excessivamente baixas ou excessivamente altas e resultem inseguranças e disparidades na dosimetria.

Observa-se então que a utilização da função punitiva da responsabilidade civil necessita de grande rigor e proporcionalidade quanto a sua quantificação. Conforme exposto, quantificam-se os danos sociais através dos principais fatores a serem considerados, como sendo: a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade do seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa.

O porte econômico do ofensor é importante critério de razoabilidade e proporcionalidade junto como a análise de gravidade da sua conduta, na medida em que serve diretamente para o estudo da eficácia da indenização enquanto medida de desestímulo, para que não ocorram casos de ilícitos lucrativos baseados na premissa de que o “ilícito não se paga” (*tort does not pay*)⁹². Tal orientação é utilizada pela jurisprudência brasileira⁹³ devendo utilizar quantias que sejam aptas a desestimular o ofensor a continuar a prática do ato lesivo.

A partir de todas as possibilidades expostas, entende-se a dificuldade de quantificação indenizatória dos danos sociais, mas também se apresenta diversos critérios para chegar a uma interpretação valorativa, que devem ser todos levados em consideração do magistrado quando do arbitramento da indenização nos casos excepcionais já mencionados dos referidos danos, devendo haver uma análise tanto da extensão do dano, como o grau de culpa para caracterizar uma função punitiva e preventiva, uma avaliação do grau de sofrimento dos ofendidos, em

supra nota 31, § 5.6 (F) (4), em 338-40 (citando as provisões de uma instrução californiana do júri). Rachel M. Janutis, *Reforming Reprehensibility: The Continued Viability of Multiple Punitive Damages After State Farm v. Campbell*, 41 SAN DIEGO L. REV. 2004. P.1465-1467.

⁹² Palavras de Lord Devlin em *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129.

⁹³ RESp 246.258/SP (Rel. Min. Sálvio de Figuerido Teixeira, Data de julgamento: 18.4.2000, 4 Turma).

consonância com uma função satisfativa e compensatória, além de critérios emanados da razoabilidade, mesmo que decorrente de analogia e investigação do porte do ofensor e benefícios com o ato, devendo guardar proporção tanto com a conduta ilícita quanto com o sofrimento e perda da vítima, de forma a cobrir a extensão do dano sofrido, educar e desestimular novas práticas.

3.4. A indispensabilidade de observância das garantias do ofensor

Examinadas as delimitações das hipóteses de incidência e os principais fatores a serem considerados para se chegar a uma quantia de danos sociais, deve-se ter cautela para que a multiplicação dessas novas figuras seja utilizada de formas ilimitadas, sem o desvirtuamento da responsabilidade civil pela excessividade da aplicação da função punitiva sem que haja aplicação concomitante de garantias constitucionais e do devido processo legal ao causador do dano.

Por mais que sejam observados os parâmetros expostos no capítulo anterior de enquadramento do tipo de dano, o próprio Estado Democrático de Direito também traz em seus direitos fundamentais as prerrogativas do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, e da duração razoável do processo, presentes no art. 5º, incisos XXXV, LV, LIV e LXXXVI da Constituição Federal, para assegurar eficaz proteção aos direitos elementares do transgressor da norma e na aplicação das sanções condizentes. Com esta mesma orientação, o autor Cândido Rangel Dinamarco preceitua⁹⁴:

Direito ao processo justo é, em primeiro lugar, o direito ao processo *tout court* – assegurado pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional que a Constituição impõe mediante a chamada garantia da ação. Sem ingresso em juízo não se tem a efetividade de um processo qualquer e muito menos de um processo justo. Garantido o ingresso em juízo e até mesmo a obtenção de um provimento final de mérito, é indispensável que o processo se haja feito com aquelas garantias mínimas: a) de meios, pela observância dos princípios e garantias estabelecidas; b) de resultados, mediante a oferta de julgamentos justos, ou seja, portadores de tutela jurisdicional a quem efetivamente tenha razão. Os meios, sendo adequadamente empregados, constituem o melhor caminho para chegar a bons resultados. E, como afinal o que importa são os resultados justos do processo (processo civil de resultados), não basta que o juiz empregue meios adequados se ele vier a decidir mal; nem se admite que se aventure a decidir a causa segundo seus próprios critérios de justiça, sem ter empregado os meios ditados pela Constituição e pela lei. Segundo a experiência multissecular expressa nas garantias constitucionais, é grande o risco de erro quando os meios adequados não são cumpridos. Eis o conceito e conteúdo substancial da cláusula *due process of law*, amorfa e enigmática, que mais se colhe pelos

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual**. Editora Malheiros. São Paulo. Ano 2000.p.246.

sentimentos e intuição do que pelos métodos puramente racionais da inteligência.

Por conseguinte, o indivíduo não pode ser considerado mero objeto dentro da responsabilidade civil, mas sim um sujeito de direito. O garantismo determina que sejam observados rigorosamente não só os direitos fundamentais, mas também os deveres fundamentais, principalmente o do Estado como legitimado no exercício do poder punitivo, não podendo agir de forma desproporcional, evitando desta forma excessos e, ao mesmo tempo, não incorrendo em *déficits* na proteção dos bens jurídicos de todos, sempre atuando de forma proporcional quando a sanção for necessária.

Como exemplo do delineamento dos limites do instituto analisado e para estabelecer as reais garantias processuais ao causador do dano, podemos citar a necessidade de proibição do *bis in idem*, ou seja, de aplicação de uma sanção sobre mesmo fato, a presunção de inocência presente no princípio do *in dubio pro reo*, e a proporcionalidade da pena se presentes outras sanções de caráter penal ou administrativo. Além disso, como os danos sociais são reconhecidos em casos excepcionais, o ônus da prova dos critérios para caracterização caberia ao autor do pedido⁹⁵.

Sobre a legitimidade e os requisitos processuais que necessitam estarem presentes para o deferimento do pedido de dano social, a melhor saída para o presente estudo foi trazer tais preceitos dentro de uma análise jurisprudencial e normativa do Instituto, pois se verá adiante que o Poder Judiciário já se manifestou a respeito dos legitimados e das exigências processuais quanto ao tema.

⁹⁵ No mesmo sentido, cf. FRAZÃO, Ana. *O Dano Social e Dumping Social no Direito do Trabalho: Perspectivas e Limitações*.

4. O Entendimento Jurisprudencial

A utilização de casos jurisprudenciais é um ganho para a elaboração jurídica a que se destina o presente estudo, no sentido em que aponta a relação de como o tema é tratado na realidade prática no dia-a-dia dos julgamentos e como a teoria está sendo recepcionada nos Tribunais, por isto é importante uma análise prática acerca do tema dos danos sociais.

A maneira de interpretar e aplicar a norma jurídica afeta sua extensão e alcance, de tal maneira que, embora subsidiariamente quando analisado um sistema jurídico de bases germânicas, a jurisprudência não deixa de atuar no fenômeno de produção do Direito normativo, ganhando cada vez mais força e voz.

Ainda mais, um exame jurisprudencial se faz imprescindível ao desenvolvimento da teoria porque esta ainda é relativamente nova e ainda muito controvertida, o que, fazendo a análise de casos concretos melhor ensejaria a visão da aplicabilidade dos danos sociais em situações cotidianas.

4.1. Jurisprudência Brasileira de Condenação em Danos Sociais

Atualmente, observou-se um crescente número de condenações em Juizados Especiais e Tribunais de Justiça de diversos Estados no que concerne ao tema dos danos sociais. Ainda mais, foi possível fazer a constatação de que a maioria destes julgamentos tinha como polo passivo uma empresa de grande porte, e esta nova categoria de dano está sendo constantemente utilizada e desenvolvida com um viés distributivo, no sentido de devolver à coletividade aquilo que foi dela retirado através de um ato ilícito que gerou dano, causado por grandes conglomerados econômicos. Para tanto, pode-se apresentar três julgados relativamente recentes sobre o tema onde magistrados seguiram a orientação mencionada.

O primeiro deles foi a ação de indenização por danos morais do Processo nº 0005261-74.2013.8.26.0297⁹⁶, movida pela consumidora Renata Ruiz Silva contra a Empresa de Telefonia Tim Celular S/A, por alegar a piora constante da qualidade dos serviços da Operadora, diante de incontáveis situações de perda de sinal e queda de ligações cobertas pelo plano. Afirmou ainda que estas quedas nas ligações obrigavam a autora a refazer as chamadas e que por essa ação estariam sendo cobradas tarifas adicionais, em claro enriquecimento ilícito da empresa, mas sem requerer o dano social. Ainda narra a consumidora que:

⁹⁶ Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=53862>

Nas ligações feitas fora do plano, ou seja, para celulares de outras operadoras, a qualidade é muito maior, e as interrupções quase não ocorrem – o que demonstraria a atitude proposital de a TIM “derrubar” as ligações com vistas ao recebimento adicional e indevido da tarifa contratada.

O juiz da lide desenvolveu sua sentença em duas partes: a primeira discutindo os danos individuais postulados, e a segunda parte referente a aplicação da teoria do dano social sobre o caso, discorrendo sobre a análise de existência reiterada de violação ao direito do consumidor pela Empresa, o que acarretaria em danos à coletividade, ultrapassando a esfera individual da autora.

O que interessa ao presente estudo é uma investigação deste segundo capítulo da sentença, que foi assim disposto pelo Magistrado do caso:

Para a aplicação da reparação do dano social, é necessário o cumprimento de 4 requisitos, perfeitamente aplicáveis à presente hipótese de interrupções deliberadas nas ligações cobertas pelo PLANO INFINITY PRÉ, interrupções perpetradas por uma grande corporação econômica: 1º) O violador deve ser pessoa jurídica de dimensão transnacional, ou, mesmo, nacional ou regional, sempre com atuação elástica por todo o País, por todo um Estado, ou uma região do Estado; 2º) Reiteração de condutas ilícitas; 3º) Dano com aptidão para afetar a coletividade ou um grupo de pessoas indeterminadas ou indetermináveis; 4º) Dano suficientemente grave, que produza verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

Ainda nesta questão, a tese prevalecente foi a de que a aplicação do dano social não acarretaria em ofensa ao contraditório nem à ampla defesa por afirmar ser possível graças ao art. 461, §5º, do CPC/1973⁹⁷, norma que permite ao Juiz a aplicação de medidas de apoio, dos meios de coerção indireta, quando o Magistrado entender presentes os requisitos para tanto. Somado a isto, entendeu ser possível tal deferimento em demandas individuais pelo o que dispõe o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor⁹⁸, alegando ainda que em meios de coerção e em medidas para o cumprimento dos julgados, o princípio da congruência- que estabelece que o juiz deve se submeter ao pedido inicial- não se aplicaria⁹⁹.

⁹⁷ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

⁹⁸ Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

⁹⁹ No mesmo sentido, podemos citar a visão de José Roberto dos Santos Bedaque, que observou que:

Deste modo, houve a condenação da Empresa Tim Celular S/A em R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) referentes ao dano social, pois fora levado em consideração o capital econômico e os lucros da Empresa bem como o tamanho desta violação, valor este a ser revertido e repartido entre Hospitais da Região¹⁰⁰, ainda afirmando a competência dos Juizados, pois a mesma é fixada no momento da propositura da ação, não a afastando quando for constatado acréscimo que superem 40 salários mínimos em razão de posterior condenação.

A Tim recorreu da sentença de 1º grau por meio de uma apelação, momento em que a OAB também requeria a sua entrada na lide como *Amicus Curiae*, pedido deferido pelo Magistrado por afirmar que “o assunto, posto nesta ação individual, assumiu uma dimensão coletiva, e o Instituto também pode ocorrer, em outros feitos com perfil de transcendência subjetiva, ou seja, em feitos que afetam não apenas as partes, mas importantes segmentos sociais”. Ocorre que, em 13 de janeiro de 2014, foi proferido um despacho suspendendo o processo em questão por cumprimento da decisão liminar proferida pelo Ministro Raul Araújo na reclamação n.12.062/GO-STJ, que será posteriormente abordada.

A Tim ainda foi condenada em outras oportunidades por dano social, não só em demandas de pessoas físicas, mas também de pessoas jurídicas. Este foi o caso do Processo nº 0058388-88.2012.8.13.0210¹⁰¹, da 2ª Vara da comarca de Pedro Leopoldo – TJMG.

Na oportunidade, a Empresa Confins Consultoria, Construções e Locação Ltda. requereu indenização por descumprimento de contratos de planos de celular corporativo, emissão de faturas indevidas e inclusão do nome da empresa no cadastro de devedores, todas as ações realizadas pela empresa ré.

O juiz do caso condenou a Tim, além em danos morais de R\$ 10 mil reais, a pagar indenização referente à danos sociais no valor de R\$ 300 mil reais a serem depositados no Banco do Brasil para distribuição posterior às instituições filantrópicas do referido município. O magistrado assim entendeu por constatar que, somente na comarca de Pedro Leopoldo, havia 373 ações contra a operadora, demonstrando as reiteradas práticas ilícitas em desfavor da coletividade, ocasionando um rebaixamento na qualidade de vida social, apto a ensejar a nova modalidade de dano.

“também deve o juiz, no exercício do poder de direção e para conferir efetividade à tutela jurisdicional, evitar que a demora do processo seja superior ao que se entende por razoável (inciso II).” (Código de Processo Civil Interpretado p. 348).

¹⁰⁰ A repartição se deu sob tais percentuais: R\$ 3,5 milhões à Santa Casa de Jales-SP e R\$1,5 milhão ao Hospital do Câncer de Jales-SP.

¹⁰¹ Disponível

em:

http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_peca_movimentacao.jsp?id=285631&hash=a5d9ba6ba285b15455a7c97a0c8e2dee

O Magistrado motivou a concessão de danos sociais para fundos invocando o disposto no art. 883 do Código Civil que permite a reversão de valores em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

Foi a reiteração no descumprimento de contrato de serviços que também caracterizou a aplicação dos danos sociais em outro caso no TJSP, desta vez na Quarta Câmara de Direito Privado. Este, já em sede de apelação de nº 0027158-41.2010.8.26.0564¹⁰², se originou da procedência de ação cautelar e de obrigação de fazer cumulada com danos morais arguida por João Ângelo Garbelim contra Amil Assistência Médica Internacional, que condenou a seguradora a arcar com os gastos decorrentes de internação do autor por conta de um infarto, por ter sido comprovada a situação de emergência e a seguradora ter se recusado o atendimento solicitado pelo seu segurado. Em 1º grau, foram deferidos apenas os pedidos contidos na inicial, tendo a Empresa apelado e requerido a reforma do julgado, e o autor realizado recurso adesivo requerendo a majoração da indenização devido às circunstâncias acentuadas de sofrimento que enfrentou.

Ocorre que, em 2ª instância, o TJSP entendeu por conceder um valor referente ao dano social, por alegar que deveria ser conferida a indenização como forma de evitar a reiteração do já proibido “com a retirada de lucro desmedido que se obteve à custa das transgressões dos contratos massificados e que vitimizam consumidores impotentes¹⁰³”, prestigiando assim o caráter punitivo da responsabilidade civil. O desembargador Carlos Teixeira Leite Filho, relator em sede recursal, expos em seu voto que a Amil já havia sido demandada em juízo outras vezes pela mesma situação ilícita. Desta maneira, o magistrado entendeu por: “Evidente, pois, que essa mesma recusa por parte da operadora de plano de saúde não pode mais permanecer impune, ainda que, nessa forma, exercida sob o manto constitucional do exercício de um direito¹⁰⁴”.

Sobre o ponto de possível alegação de cerceamento de defesa, os desembargadores afirmaram que o pedido foi rebatido tanto em contestação como em contrarrazões pela parte ré, não podendo a mesma alegar infringência a ditames constitucionais. Ainda mais, quanto à regra do efeito devolutivo da apelação, o Acórdão colecionou entendimento do Doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves que assim preceituou¹⁰⁵:

¹⁰² Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130719-02.pdf

¹⁰³ Acórdão. Pg.20.

¹⁰⁴ Acórdão. Pág.10.

¹⁰⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 3 ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense e Método, 2011. p. 654.

Consagrada a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, somente sendo devolvida essa matéria por vontade do recorrente, poderia o tribunal reconhecê-la. Registre-se que há corrente doutrinária no sentido de que se tratando da profundidade do efeito devolutivo, dispensa-se o pedido expresso da parte. Esse entendimento parte da equivocada premissa de que a norma trata de matéria afeita ao efeito devolutivo, de forma a depender da vontade do recorrente de ser aplicada. Na realidade, o objetivo da norma não é a proteção do interesse particular do recorrente, e sim a otimização do julgamento de processos, em nítido ganho de celeridade e economia processual. Ainda que se critique a forma legal para a obtenção desse objetivo, é inegável, que o propósito da norma é o oferecimento de uma tutela jurisdicional em menor tempo, com o que se presume prestar-se tutela jurisdicional de melhor qualidade. O propósito da norma, portanto, é de ordem pública porque o seu objetivo não é a proteção do interesse das partes, mas sim o interesse na prestação de um serviço jurisdicional de melhor qualidade.

Desta maneira, foi estabelecida indenização referente aos danos sociais no valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) que deveriam ser revertidos ao Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, ainda afirmando que a concessão desta modalidade de dano não poderia ser considerada uma arbitrariedade sob a gênese do Código de Defesa do Consumidor, assumindo que suas normas são de ordem pública e interesse social, podendo assim ser reconhecidas de ofício pelo juiz.

Contata-se dos julgados expostos que a teoria do Dano Social de Antônio Junqueira de Azevedo está sendo reiteradamente utilizada em processos brasileiros, de modo que se comprova a importância do estudo e dos limites de tal modalidade na atual conjuntura de multiplicação de julgamentos com este teor.

Entretanto, o destino final de alguns destes julgados não seguiram a orientação dos magistrados de 1º instância ao conceder o dano social. Isto porque, com o julgamento da Reclamação nº 12062-GO, que será trazida no próximo tópico do estudo, os processos obtiveram um novo entendimento. No TJSP, o Processo nº 0005261-74.2013.8.26.0297 que foi julgado pelo Colégio Recursal quando da apelação oferecida pela Operadora, teve o pedido do recurso parcialmente provido para a “anulidade do julgado em relação à condenação da parte ré ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide, mantida a indenização por danos morais nos termos da r sentença prolatada”, tendo o feito transitado em julgado recentemente em 24.03.2017.

Já os outros dois casos, o referente à condenação da Tim pelo TJMG e da Amil no TJSP ainda não transitaram em julgado, mas possivelmente terão o mesmo destino do primeiro julgado comentado: deverá haver uma anulação das sentenças e acórdão prolatados no tocante à condenação por danos sociais, devido ao entendimento firmado na tese disposta na Reclamação nº 12062-GO, realizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Pela percepção da proliferação de julgados em condenações altas referentes aos danos sociais, o STJ foi chamado a se posicionar sobre o tema, como forma de tentar uniformizar a jurisprudência quanto ao assunto, para que a mesma seja de observância obrigatória nos Juizados Especiais e Tribunais de todo o país.

4.2. A Tese Firmada pelo Superior Tribunal de Justiça na Reclamação nº 12.062/GO.

A repetição de maneira constante de julgados interpretando o Direito positivo e a controvérsia de determinado modo exerce grau de influência sobre os julgadores, de modo a atuar como referência dos magistrados em casos semelhantes, principalmente quando os Tribunais Superiores já se pronunciaram uniformemente sobre o tema, representando um modo efetivo de aplicação da Lei.

Em 2013, foi ajuizada perante o Superior Tribunal de Justiça reclamação referente a uma ação de indenização no Juizado Especial de Goiás. O reclamante, Banco Bradesco S/A, inconformado com o acórdão proferido pela Egrégia Turma Recursal Cível e Criminal da 12ª Região do Estado de Goiás, manejou o presente recurso alegando que a decisão colegiada violou os limites objetivos da lide e, conseqüentemente, os arts. 2º, 128 e 460 do Código de Processo Civil vigente à época.

Na origem, cuidava-se de demanda individual proposta por Iracema Ramos de Souza pleiteando indenização por danos morais e materiais referentes a existência de débitos em sua conta bancária realizados pela referida Instituição Financeira por alegação de cobrança de anuidade de cartão de crédito, que a autora alegava nunca ter solicitado.

O Magistrado de 1º grau julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o banco ao pagamento de indenização no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais à ora interessada; e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos sociais em favor do Conselho da Comunidade de Minaçu/GO. Foi interposto Recurso Inominado, mas o mesmo restou improvido.

Então, o Banco Bradesco sustentou em sede de Reclamação direcionada ao STJ que "ao deferir uma indenização suplementar não requerida pela parte autora e, ainda, por fatos que não embasam a pretensão manifesta na exordial, mas decorrentes da experiência pessoal

do magistrado com ações de natureza idêntica, o MM. Magistrado singular decidiu além do que foi pedido, e além do que foi objeto do processo" (fl. 6 do processo).

A controvérsia exaurida na Instância Extraordinária se baseava em dois pontos principais: alegação de julgamento *extra petita* e benefício à terceiro não integrante de lide, pela destinação dos danos sociais ter sido para o Conselho da Comunidade de Minaçu/GO. Além disso, criticava-se também a concessão deste tipo de dano em uma ação individual e realizado de ofício pelo juiz, por afirmar que o meio processual adequado para interesses coletivos ser a ação civil pública e que a condenação “*ex officio*” importaria em violação dos princípios da imparcialidade e inércia do magistrado, constituindo hipótese vedada de ativismo judicial.

A Reclamação então foi conhecida e a ela foi atribuída, por unanimidade da Segunda Seção, a qualidade análoga¹⁰⁶ de controvérsia repetitiva, nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil/1973¹⁰⁷, suspendendo todos os processos em trâmite nos Juizados Especiais e Turmas Recursais no tocante a processos que possuíam condenação de instituições financeiras ao pagamento de indenizações em danos sociais em favor de terceiros estranhos à lide.

Os Ministros assim decidiram por observar que, já haviam sido proferidas, somente quando analisados os processos do Juizado Especial do Estado de Goiás, mais de 200 decisões em ações individuais de danos morais onde não foi requisitado o dano social e o mesmo foi concedido, suspendendo estes referidos julgados até a decisão final do STJ com o intuito de alcançar a uniformidade jurisprudencial quanto ao tema e formar uma tese estável a ser atendida em todos os Juizados Especiais para a realização de uma maior previsibilidade das decisões quanto ao tema recorrente e relativamente recente.

Assim, entenderam os Ministros que a Reclamação seria cabível pela finalidade de adequação das decisões proferidas no âmbito das Turmas Recursais dos Juizados Especiais estaduais à Súmula ou Jurisprudência dominante, de modo a prevenir a existência de decisões conflitantes no que diz respeito à interpretação de legislação infraconstitucional no Poder Judiciário, podendo relativizar os critérios presentes no artigo 543-C do CPC/1973.

Ultrapassada a questão de admissibilidade do sucedâneo recursal, o que mais interessa para o presente estudo é como a Corte se posicionou em relação ao mérito da controvérsia, ou

¹⁰⁶ No caso, o Parecer do Ministério Público Federal foi no sentido de que “Havendo diversas reclamações sobre a mesma matéria, a aplicação analógica do CPC, art. 543-C atende aos princípios da economia, celeridade e efetividade processuais, sendo juridicamente possível, em tese, a relativização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sob a égide do pós-positivismo”. (Inteiro teor do Acórdão. Pág.11).

¹⁰⁷ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

seja, em relação à aplicabilidade dos danos sociais, e em que situações o mesmo poderia ser deferido ou não.

O Exmo. Relator, Ministro Raul Araújo, registrou inicialmente a admissão que vem ocorrendo por parte da doutrina da possibilidade de condenação ao pagamento de danos sociais, por caracterizá-lo como “categoria inerente ao instituto da responsabilidade civil, além dos danos materiais, morais e estéticos¹⁰⁸”.

Além disso, colecionou ao seu voto o registro do reconhecimento da existência do dano social, realizado através do Enunciado 455 da V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, que foi assim descrito:

A expressão ‘dano’ no art.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.

Deste modo, o relator admite o reconhecimento dos novos danos, assim como o conceitua de acordo com os ditames de seu percussor, Professor Antônio Junqueira de Azevedo, como sendo decorrente de comportamentos socialmente reprováveis que diminuem o nível social da coletividade, e, ainda mais, traz como norma legitimadora o próprio artigo 944 do Código Civil. Este foi um importante passo rumo à regularização do instituto, na medida em que foi admitida pela mais alta Corte que trata de questões infraconstitucionais, possibilitando sua utilização nos casos legítimos para tanto.

Todavia, também cabia à Segunda Seção analisar as hipóteses de aplicabilidade do dano social, o que, ao final do referido julgamento, restou por contrapor alguns pontos da Tese do Professor Junqueira de Azevedo.

Em suas primeiras análises do instituto, o Professor da USP teria admitido uma gama maior de possibilidades em sua aplicação. Isto porque em sua coletânea de “Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado”, o autor admitia a verossimilhança de se postular indenização por danos sociais em demandas individuais e que o valor desta condenação fosse revertido à própria vítima autora da demanda. É o que podemos extrair de trecho do seu estudo, *in verbis*¹⁰⁹:

Todavia, ainda que não sejamos grandes administradores da cultura jurídica norte-americana, pensamos que a indenização por dano social deva ser

¹⁰⁸ Página 15 do Acórdão.

¹⁰⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. p. 383.

entregue à própria vítima, que foi parte do processo, eis que, para a obtenção da indenização, foi ela quem de fato trabalhou. Os danos sociais, em tese, poderiam ir para um fundo com ressarcimento à sociedade, mas aí deveria ser por ação dos órgãos da sociedade, como o Ministério Público. As condições concretas que vivemos não são, porém, favoráveis à criação de mais deveres para o Estado. É irrealismo; o Ministério Público já tem trabalho suficiente. Aqui, no caso, estamos, pois, entendendo que o particular, na sua ação individual de responsabilidade civil, age também como defensor da sociedade. Exerce um múnus público (...). O autor, vítima, que move a ação, age também como um ‘promotor público privado’ e, por isso, merece a recompensa.

Aqui se faz necessária uma crítica ao entendimento do Ilustre Professor. Isto porque a orientação que se tenta repassar é da necessidade de propositura de uma ação coletiva para pedidos de danos sociais, com a presença dos legitimados contidos no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor¹¹⁰ e do artigo 5º da Lei nº 7.347/85¹¹¹ (Lei de Ação Civil Pública), não acompanhando a ideia de “*private attorney general*”, devido à imprescindibilidade de uma ação coletiva quando se tratar de atos ilícitos que afetem toda a coletividade, ainda mais para evitar a proliferação de várias demandas com o mesmo objeto, constituindo ao ofensor, diversas sanções pelo mesmo fato, ocorrendo o vedado “*bis in idem*”.

A tutela de direitos coletivos possui então o objetivo de efetivar três importantes quesitos: a promoção da economia processual, o acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material.

Esta também foi a visão da Segunda Sessão quando da análise da Rcl. nº 12.062-GO. Na oportunidade, os Ministros acordaram no sentido de que a autora da ação não seria legítima para postular os danos sociais, sendo os mesmos apenas admitidos em demandas coletivas, sendo apenas os legitimados para proposituras destas ações capazes de reclamar os

¹¹⁰ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) (Vide Lei nº 13.105, de 2015)(Vigência)

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

¹¹¹ Art. 5º: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

supostos danos sociais, decorrente de ato ilícito, não podendo assim ser proposto em ação individual.

Ainda mais, a análise da lide levou ao entendimento de que houve julgamento *extra petita*, por ferir os princípios da demanda, da inércia e da congruência do pedido e do provimento judicial realizado pelo magistrado, ferindo diretamente o contraditório do causador do dano, uma vez que como o juiz concedeu mais do que o pedido demandado na inicial, o réu não teve a oportunidade de se manifestar sobre o mesmo, sendo que, como mencionado, devem ser asseguradas a ele todas as garantias processuais.

Desta feita, diante da orientação de que houve julgamento *extra petita*, foi reconhecida a nulidade do capítulo da decisão que condenou o banco ao pagamento de indenização a título de danos sociais à entidade que não participou do processo, e foi firmada a seguinte Tese:

É nula, por configurar julgamento *extra petita*, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide.

Apesar do brilhantismo exaurido da Tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça ao tema aqui debatido, também se mostra importante criticar uma parte dela, para que se gere um debate maior quanto ao ponto controvertido.

Primeiramente, vale destacar que a Reclamação em questão focou basicamente no ponto do julgamento *extra petita*, sem adentrar e debater em discussões conceituais sobre o termo “terceiro estranho a lide”. Esta gafe cometida pelos Ministros, ensejou uma discordância sobre a destinação à terceiro estranho a lide.

Isto porque a dúvida resultante seria a de se os fundos sociais são considerados terceiros estranhos à relação processual, uma vez que se observou que o termo utilizado durante todo o exame do caso concreto poderia levar ao entendimento de que este conceito na verdade abarcaria apenas pessoas físicas e jurídicas e não um fundo de natureza financeira destinado a financiar programas e ações de desenvolvimento social. Por não terem entrado nesta discussão, a confusão interpretativa e conceitual levou a se considerar extremamente importante esta matéria.

Por mais que este estudo assumia a necessidade de proposição de demanda coletiva pelos legitimados para tanto, e que não se admita o julgamento de ofício da questão pelo juiz, observa-se a possibilidade de reversão dos danos sociais em favor de terceiro estranho à lide,

no que concerne aos fundos sociais. Estas questões de legitimidade e destinação talvez sejam os pontos mais controvertidos para a aplicação do dano social. Já dizia Flávio Tartuce¹¹²:

A grande dificuldade do dano social, sem dúvida, refere-se à questão da legitimidade, ou seja, para quem deve ser destinado o valor da indenização. Junqueira de Azevedo aponta que, além do valor da indenização, deve ser destinado o valor a um fundo. Cita também o artigo 883, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que trata do pagamento indevido e do destino de valor para instituição de caridade. A ideia, nesse sentido, é perfeita, se os prejuízos atingiram toda a coletividade, em um sentido difuso, os valores de reparação devem também ser revertidos para os prejudicados, mesmo que de forma indireta.

O raciocínio de Flávio Tartuce e do próprio percussor desta nova modalidade de dano, Junqueira de Azevedo, deve ser levada em consideração. Como afirmaram os dois autores, há disposição legal que autoriza a destinação de valores decorrentes de condenação à fundos sociais. Assim dispõe o citado artigo do CC/2002:

Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei
Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

O sentido da reversão é simples: se foi concedida indenização de danos sociais referentes à atos ilícitos que resultaram na diminuição da qualidade de vida da coletividade, o raciocínio seria o de “devolver” à sociedade este valor referente ao seu prejuízo. Os fundos assim seriam a melhor saída para tal objetivo, uma vez que cuidam exatamente de alguma área social, no caso, uma coletividade próxima do tema relacionado na demanda.

Inclusive, o próprio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou na orientação de que danos referentes à sociedade sejam revertidos a um fundo, entendimento utilizado no voto da Ministra Nancy Andrighi, em caso diverso, mas cuja fundamentação se aproveita, demonstrando que:

É imprescindível que cada titular do direito lesado receba, individualmente, sua parcela da indenização. Assim, o ressarcimento de danos coletivos, não deve favorecer este ou aquele indivíduo, mas, sim, um Fundo cuja gestão se submeta a regras de participação popular, tal como disposto no art. 13, LACP.

¹¹² TARTUCE, Flávio Murilo. *Reflexões sobre o dano social*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537#_ftnref28>. Acesso em 06.04.2017.

Por não haver expressa previsão normativa que regularize a destinação da parcela referente aos danos sociais, é legítimo e necessário que se possibilite a interpretação jurídica que resguarda o princípio da igualdade material¹¹³, já que diz respeito a um objetivo fundamental da República Brasileira (artigo 3º, I da Constituição Federal¹¹⁴), de modo que a tese firmada no STJ quanto ao dano social deve ser revista apenas no ponto concernente à possibilidade de reversão da indenização deste cunho à terceiro estranho a lide, quando este terceiro se tratar de fundos sociais.

Destaca-se que, apesar de ser defendido que estas parcelas se destinem aos mencionados fundos, deve observar em todos os casos um tratamento impessoal e isonômico às entidades beneficentes aptas a serem contempladas pelo montante da condenação, bem como resguardar que o valor seja destinado para finalidade público/social, na medida em que se estabeleçam critérios para escolha de entidades beneficiadas e procedimentos de prestação de contas, aplicando-se, deste modo, o disposto na Resolução nº 154, de 2012 do Conselho Nacional de Justiça¹¹⁵, por analogia, uma vez que mesmo que a referida resolução defina a

¹¹³ O Ministro Gilmar Mendes entende que “o princípio da isonomia pode ser visto tanto na exigência de tratamento igualitário (Gleichbehandlungsgebot), quanto como proibição de tratamento discriminatório (Unbleichbehandlungsverbot). Assim, explana que diante de uma quebra na isonomia, deve-se optar pela interpretação que proporcione a “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”. MENDES, Gilmar Ferreira; **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p.51.

¹¹⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

¹¹⁵ Resolução Nº 154 de 13/07/2012

(...)

Art. 2º Os valores depositados, referidos no art. 1º, quando não destinados à vítima ou aos seus dependentes, serão, preferencialmente, destinados à entidade pública ou privada com finalidade social, previamente conveniada, ou para atividades de caráter essencial à segurança pública, educação e saúde, desde que estas atendam às áreas vitais de relevante cunho social, a critério da unidade gestora.

§ 1º A receita da conta vinculada irá financiar projetos apresentados pelos beneficiários citados no caput deste artigo, priorizando-se o repasse desses valores aos beneficiários que:

I - mantenham, por maior tempo, número expressivo de cumpridores de prestação de serviços à comunidade ou entidade pública;

II - atuem diretamente na execução penal, assistência à ressocialização de apenados, assistência às vítimas de crimes e prevenção da criminalidade, incluídos os conselhos da comunidade;

III - prestem serviços de maior relevância social;

IV - apresentem projetos com viabilidade de implementação, segundo a utilidade e a necessidade, obedecendo-se aos critérios estabelecidos nas políticas públicas específicas;

V – Projetos de prevenção e ou atendimento a situações de conflitos, crimes e violências, inclusive em fase de execução, que sejam baseados em princípios e práticas da Justiça Restaurativa. (Incluído pela Resolução nº 225, de 31.05.16)

§ 3º É vedada a escolha arbitrária e aleatória dos beneficiários.

Art. 3º É vedada a destinação de recursos:

I - ao custeio do Poder Judiciário;

II - para a promoção pessoal de magistrados ou integrantes das entidades beneficiadas e, no caso destas, para pagamento de quaisquer espécies de remuneração aos seus membros;

III - para fins político-partidários;

IV – a entidades que não estejam regularmente constituídas, obstando a responsabilização caso haja desvio de finalidade.

política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária na execução de sanções da Justiça Criminal, e, como foi abordado, o caráter punitivo da responsabilidade civil que se pretende repassar com o dano social é diferente das multas penais, mas a ideia por traz da utilização dos valores pelas referidas entidades sociais deve ser a mesma.

Art. 4º O manejo e a destinação desses recursos, que são públicos, devem ser norteados pelos princípios constitucionais da Administração Pública, previstos, dentre outros, dispositivos no art. 37, caput, da Constituição Federal, sem se olvidar da indispensável e formal prestação de contas perante a unidade gestora, sob pena de responsabilidade, ficando assegurada a publicidade e a transparência na destinação dos recursos.

(...)

Art. 5º Caberá às Corregedorias, no prazo de seis meses, contados da publicação da presente Resolução, regulamentar:

I - os procedimentos atinentes à forma de apresentação e aprovação de projetos;

II - a forma de prestação de contas das entidades conveniadas perante a unidade gestora;

III - outras vedações ou condições, se necessárias, além daquelas disciplinadas nesta Resolução, observadas as peculiaridades locais.

5. Os Desafios Pragmáticos

5.1. A Observância do Princípio da Preservação da Empresa e sua Função Social

Como toda e qualquer experiência científica, a tese em questão dos danos sociais não aponta para uma conclusão precisa e perfeita. Os dados práticos e realistas são divergentes: mesmo que o estudo tente ser o mais detalhista possível para alcançar seus resultados, a intensidade prática dos mesmos varia. Segundo o teorema de probabilidade de Bayes¹¹⁶, nenhuma teoria é perfeita, e sim, uma pesquisa em constante andamento, sempre sujeita a aperfeiçoamentos, novas teses e novos desafios, coletando evidências no decorrer da sistematização e estar aberta à modificações da tese com base nesses novos conceitos e nas mudanças sociais requeridas.

Nesta perspectiva, o surgimento do dano social como nova categoria de dano dentro do ordenamento jurídico brasileiro comporta críticas e obstáculos por diferentes ângulos, o que também é válido de tratar como ponto da pesquisa elaborada.

A primeira resistência com a sua aplicação seria os efeitos que estas indenizações com caráter punitivo podem causar para as empresas em questão, principalmente levando em consideração o princípio da preservação da empresa e a função social da mesma.

Por mais que se leve em consideração na hora do arbitramento do dano social o porte econômico do agressor, deve-se tomar uma cautela redobrada para as consequências de montantes grandes de valores. Isto porque as empresas, tanto públicas quanto privadas, locais ou multinacionais, representam o local de ofício de incontáveis trabalhadores, a geradora de riquezas para um setor determinado e interferem de forma crucial na vida social das pessoas.

Uma quantia muito alta em relação as indenizações de cunho punitivo e pedagógico e uma série de processos envolvendo o mesmo grupo econômico ou empresa, a chamada popularmente de “indústria das indenizações”, poderia levar a uma recuperação judicial e talvez inclusive à falência da mesma. Quando isto não ocorre, muitas empresas apelam para um aumento geral de preços de seus produtos e demissão de funcionários para evitar a fragilização dela dentro do mercado econômico.

Este quadro iria diretamente de confronto com as próprias características das empresas e sua importância no Estado Democrático de Direito e com a própria ideia de sociedade moderna e direito econômico. Isto porque a ideologia que surgiu a partir do Estado Social foi a de alteração do enfoque econômico de afastamento do ideal Liberal Clássico de uma

¹¹⁶ Pierre-Simon Laplace, *Memoir on the Probability of the Causes of Events*, Statistical Science, p.364–378.

empresa que apenas visava lucro e de abstencionismo estatal na seara privatista para a empresa como o agente chave das transformações e mudanças sociais.

A empresa, como meio dinâmico de propriedade dos bens de produção, possui uma função social a cumprir, como parte da função social da propriedade extraída a partir do artigo 170, II e III da Constituição Federal de 1988¹¹⁷, marcando fortes laços com o já mencionado constitucionalismo social e princípio conformador da ordem econômica. A Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações) trata da função social da empresa desde 1976 como dever do acionista controlador, assim dispendo:

Art. 116. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Assim, a empresa serviria como “verdadeiro instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade”¹¹⁸, devendo ser preservada e conservada nas maiores oportunidades possíveis, inclusive levando em consideração o benefício coletivo.

Exatamente por seu papel dentro da sociedade contemporânea, a empresa corresponde por uma “atividade econômica organizada para circulação de bens”¹¹⁹ e serviços e, por isso, goza de proteção legal, possuindo uma gama de direitos tutelados pelo Estado e de deveres como as obrigações tributárias, consumeristas, etc. Assim, se espera que a utilização empresarial tenha comportamentos tanto positivos quanto negativos.

O conceito de função social ganha maior densidade quando observada em processos de recuperação judicial e falências, nos quais é necessária a aplicação do princípio da preservação da empresa em crise, situação a que passa a ser observada com a devida importância a preservação de empregos, arrecadação de tributos e desenvolvimento econômico do país.

De acordo com esse princípio, é imprescindível tentar todos os esforços para manter a unidade produtora, assumindo uma feição pública de relevante interesse social. Considerada um dos pilares básicos da economia, representando uma fonte geradora de empregos e

¹¹⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

¹¹⁸ REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em 18.08.2010>. Acesso em: 25.03.2017.

¹¹⁹ Interpretação do art. 966 do novo Código Civil

riquezas além de ser reconhecida como importante instituto para o Fisco no que diz respeito ao recolhimento de tributos, a empresa deve ser ao máximo conservada. É nesta orientação que preceitua Thiago Dalsenter na oportunidade de argumentação sobre o tema¹²⁰:

Ao enunciar a necessidade de continuidade da atividade empresarial, com vistas à consecução da sua função social, o princípio da preservação da empresa, visualizado no campo tributário a partir do princípio da capacidade econômica de pagar impostos, confere segurança às empresas diante da tributação – na medida em que assegura o respeito às atividades econômicas do contribuinte pela graduação dos impostos –, servindo, desse modo, de limite intransponível ao exercício da competência tributária.

Da mesma maneira que ocorre na seara tributária, deve-se atentar para que enquanto valores ínfimos podem gerar o estímulo à prática ilícita, valores exorbitantes, além de incompatíveis com os pressupostos da indenização, podem comprometer a preservação da empresa¹²¹:

A função social não tem, portanto, a finalidade de aniquilar as liberdades e os direitos dos empresários nem de tornar a empresa um simples meio para os fins da sociedade, até porque isto implicaria a violação da dignidade dos empresários. O objetivo da função social é o de mostrar o compromisso e as responsabilidades sociais da empresa, reinserindo a solidariedade social na atividade econômica.

Realizando uma analogia, por mais que reste claro que a empresa deva buscar constantemente contribuir para o desenvolvimento social, atenta-se para o cuidado que as indenizações referentes ao dano social possam acarretar para o próprio futuro econômico-financeiro da mesma e, conseqüentemente, para toda atividade econômica e de mercado que dependia do funcionamento daquela, levando em consideração os já citados princípios da preservação da empresa e da função social, que devem ser considerados na hora da estipulação do *quantum* indenizatório.

5.2. As Dificuldades de Utilização Prática do Dano Social

¹²⁰ DALSENTER, Thiago. **Breves considerações acerca do princípio da preservação da empresa como limitação ao poder de tributar e seus reflexos na legislação tributária.** Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI140719,21048-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI140719,21048-Breves+consideracoes+acerca+do+principio+da+preservacao+da+empresa)

Breves+consideracoes+acerca+do+principio+da+preservacao+da+empresa>. FALTOU A DATA DE ACESSO.

¹²¹ FRAZÃO, Ana. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico.** São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 281.

Outra questão passível de divergências práticas seria a própria questão do tamanho geográfico do Brasil e as consequências que isso acarretaria para a interposição de demandas coletivas pelo Ministério Público concernente aos danos sociais.

Primeiramente porque se tem observado pela própria definição de danos sociais, principalmente nas questões ambientais e consumeristas, que o Ministério Público tem muitas vezes entrado com pedidos de danos morais coletivos onde caberia muito mais precisamente o que se tem reconhecido por danos sociais. Isso acaba levando para uma confusão terminológica onde quem acabaria sendo prejudicada seria a própria empresa causadora do dano.

As noções de direito transindividual extrapatrimonial e dano moral coletivo parecem estar imbricadas conceitualmente, tendo a doutrina e a jurisprudência associado a definição do dano moral transindividual com a o conceito de dano moral¹²² coletivo, o que, como vimos, é apenas espécie do gênero de direitos transindividuais extrapatrimoniais. Nessa direção, José Carlos Barbosa Moreira discorre, *in verbis*¹²³:

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 análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a quota de um e onde começa a de outro. Por isto 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 a inteira coletividade. Designaremos essa categoria pela expressão “interesses essencialmente coletivos.

Observe-se que a concepção referendada pelo autor em questão condiz plenamente com a noção de direito transindividual professada pela doutrina brasileira, onde aqui se insere

¹²² Como exemplo temos: “O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa.” (REsp 1438815/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 01/12/2016)

“A necessidade de correção das lesões às relações de consumo transcende os interesses individuais dos consumidores, havendo interesse público na prevenção da reincidência da conduta lesiva por parte da empresa ré, ora agravada, exurgindo o direito da coletividade a danos morais coletivos. Com efeito, patente a configuração, no caso concreto, do dano moral coletivo, consistente na ofensa ao sentimento da coletividade, caracterizado pela espoliação sofrida pelos consumidores locais, gravemente maculados em sua vulnerabilidade, diante da comercialização de combustível adulterado”. (AgRg no REsp 1529892/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 13/10/2016)

¹²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. In: BITTAR FILHO, C. A. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6183>>. Acesso em: 17 04. 2017.

também o dano social, fazendo haver uma confusão de definição dos mesmos e, na prática, interposições de ações coletivas cujo objeto da demanda acaba sendo elencado com “dano moral coletivo” em detrimento do dano social¹²⁴.

Além disso, há também o desafio regional já mencionado. Se há a constatação de que a maioria das questões envolvendo danos sociais é tratada por empresas ou polos econômicos existe também o problema de conflito de atribuições e de competência entre diferentes Ministérios Públicos para a interposição de ação coletiva e entre diferentes esferas jurisdicionais para julgar o feito¹²⁵.

A consequência negativa que este tipo de situação pode acarretar é um cenário em que, em uma mesma lide, haja diferentes processos protocolados por Ministérios Públicos diferentes, cada um arguindo sua própria competência regional ou federal, e isto acarretar diferentes julgamentos e diferentes condenações imposta a mesma empresa por fato idêntico, o que levaria a claro *bis in idem*¹²⁶.

Na prática, devem ser analisados fatores como o porte e a atuação econômica empresarial que se deseja punir e educar, ou seja, uma análise do tamanho da influência daquela empresa dentro do cenário do mercado local, regional ou federal que aquela adentra e influência, para que situações como a descrita não ocorram, o que poderia levar a empresa a pagar mais de uma vez pelo mesmo ato ilícito, prática veementemente rechaçada e que poderia levar à falência da empresa e uma multiplicação desenfreada de ações idênticas.

O ideal seria uma normatização quanto ao tema para que as aplicações cotidianas do mesmo não encontrem barreiras e dificuldades nos problemas já citados, mas como a criação

¹²⁴ No mesmo sentido: “[...] o dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade, considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões (grupos, classes ou categorias de pessoas), as quais se distinguem pela natureza extrapatrimonial e por refletir valores fundamentais tutelados pelo sistema jurídico”. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2012. p 170.

¹²⁵ “O conflito de atribuições não se confunde com o conflito de competência. Cuidando-se de ato de natureza jurisdicional, o conflito será de competência; tratando-se de controvérsia entre órgãos do Ministério Público sobre ato que caiba a um deles praticar, ter-se-á um conflito de atribuições”. Cf. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2015, p. 1113.

“Só existe conflito de atribuições se a divergência ficar restrita aos membros do Ministério Público. Se os juízes encamparem as teses dos membros do MP, aí eles estarão discordando entre si e teremos no caso um “falso conflito de atribuições” (expressão cunhada por Guilherme de Souza Nucci). Diz-se que há um falso conflito de atribuições porque, na verdade, o que temos é um conflito entre dois juízes, ou seja, um conflito de competência”. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2016/05/conflito-de-atribuicoes-envolvendo-mpe.html>. Autor desconhecido. Acesso em 13.04.2017.

¹²⁶ Como exemplo, temos: “Não se pode admitir que a empresa seja condenada por sucessivas indenizações sob a mesma rubrica de dano moral decorrente do mesmo fato, sob pena de se incorrer em bis in idem. A condenação deferida em favor de uma das vítimas do dano moral em razão da morte do empregado envolvido em acidente de trabalho impede que outras vítimas ingressem judicialmente pleiteando novas condenações em detrimento do mesmo sinistro.”(Processo: RO 16020090031400 RO 00160.2009.003.14.00. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Publicação: DETRT14 n.0101, de 03/06/2009 Relatora: JUIZA FEDERAL DO TRABALHO CONVOCADA ARLENE REGINA DO COUTO RAMOS)

de normas para o dano social ainda não é uma realidade, fez-se necessário pontuar esses desafios para que se observem críticas pertinentes ao instituto e busque sanar tais dificuldades com um rigor objetivo maior na hora da interposição de pedidos desta natureza.

6. Conclusão.

O objetivo por trás da presente exposição foi o de demonstrar a evolução social e a consequente demanda por transformações do direito para que haja uma compatibilidade das normas e sanções com a nova realidade moderna. Assim, houve a preocupação de proteção a novos bens jurídicos, saindo da ideia tradicional de indenizações apenas de cunho material e moral para o surgimento de novos danos na responsabilidade civil, dentre os quais o dano social, tese bastante discutida neste estudo, fruto do trabalho de Antônio Junqueira de Azevedo.

Por mais que os anseios da sociedade requisitassem novas proteções jurídicas, primeiramente foi abordado o estudo de legitimidade, validade e eficácia de tais medidas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, através de uma busca e legitimação constitucionais do Instituto do dano social que, como foi demonstrado, nada mais é do que o instrumento paradigmático constitucional de efetivação dos direitos sociais, visando uma tutela coletiva de proteção à dignidade de toda a sociedade, princípio este, da dignidade da pessoa humana, como norteador positivado dentro da ordem constitucional brasileira, de forma a ser ele de extrema importância para a reconstrução e a estruturação das relações sociais.

A mudança de enfoque das indenizações trouxe uma ampliação dos danos indenizáveis na medida em que a reparação integral se tornou, em alguns casos, apenas o mínimo alcançável pelo Direito, tendo criado a necessidade de um caráter desestimulador e pedagógico para o causador do dano, principalmente quando este possui histórico de reiterados danos ilícitos em decorrência de um *trade off* muito mais vantajoso em pagar reparações de pequena relevância numérica em comparação ao porte de determinadas empresas ao ter que rever serviços e operações internas para findar tais condutas contrárias ao direito.

A socialização do direito então levou a uma sobreposição dos valores coletivos aos valores individuais, e, assim, nasceu a legitimação do dano social e suas características intrínsecas de ampliação da dignidade da pessoa humana, contendo os caracteres desestimulador e pedagógico presentes na função punitiva da responsabilidade civil e ganhando cada vez mais espaço dentro das Cortes e jurisprudência brasileira.

Porém, por mais que a realidade prática trouxesse um maior manuseio deste novo instituto, ainda há a tarefa árdua diária de tentativa de compatibilização entre os ideais do dano social, as garantias processuais do ofensor de caráter obrigatório e as limitações do uso desta nova categoria de dano para casos excepcionais, que devem ser trazidos pelos legitimados para tanto, que seria o caso dos legitimados a propor ações coletivas. Desta

forma, ainda que se defenda um sistema atual de desestímulos e reparações, é necessária a observância de um devido processo legal.

Deve-se restringir a aplicação dos danos sociais às situações legitimadas de modo a se evitar a proliferação de demandas e condenações de réus sobre o mesmo fato, não deixando espaço para a ocorrência de “*bis in idem*” nem abertura para o surgimento de um sistema punitivo arbitrário¹²⁷.

A utilização dos danos sociais e conseqüentemente da função punitiva da responsabilidade civil deve ser utilizada de forma cautelosa e prudente que, na falta de disposição legal sobre o tema, utilize-se dos critérios mínimos de quantificação e observe as garantias e o devido processo legal durante toda a demanda.

Por mais que ainda seja um desafio devido a todos os problemas práticos descritos no último capítulo e muitas críticas ao instituto, resguarda-se a necessidade prática de aplicação desta nova categoria de dano nos casos contemplados como forma de impedir a reiterada ocorrência de atos lesivos não apenas ao patrimônio material ou extrapatrimonial de um indivíduo, mas de toda uma sociedade, admitindo que os magistrados assumam um papel de grande importância nesse cenário de utilização prudente do instituto, principalmente após a tese elaborada pelo STJ na Reclamação nº 12062-GO a ser seguida pelos Tribunais e Juizados Especiais brasileiros como forma de uniformização jurisprudencial do tema.

Defende-se aqui a possibilidade de reversão do valor de danos sociais a entidades sociais, para que o montante seja revertido novamente à sociedade, com as observâncias de critérios para escolha de entidades beneficiadas e procedimentos de prestação de contas, opinando também pela possibilidade de regulamentação e padronização dos casos envolvendo dano social, para que haja um maior rigor objetivo quando das condenações nesta seara, observado o princípio da preservação e função social da empresa e uma maior cautela das delimitações das ações coletivas enquanto o regramento legal ainda não se torna realidade.

¹²⁷ Neste sentido, leciona Ana Frazão: “Ademais, quando a responsabilidade civil avança sem critérios minimamente consistentes quanto à identificação dos danos e aos pressupostos das indenizações, ela não tem como cumprir a sua função de disciplinar o mercado e prevenir futuras infrações. Afinal, os agente econômicos não têm como cumprir comandos ou orientações que não sejam suficientemente claras e coerentes.”. FRAZÃO, Ana. *Dano social e dumping social no Direito do Trabalho: perspectivas e limitações*. **Revista LTr**, v. 80, n. 3, 2016. p. 30.

7.Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los Derechos Sociales**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais Sociais estudos de Direito constitucional, internacional e comparado. Rio Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**.In: Revista trimestral de Direito Civil, vol. 19. Rio de Janeiro: Padma, Jul./set.2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil**. In. Revista trimestral de Direito Civil, vol. 19. Rio de Janeiro: Padma, Jul./set.2004.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e democracia**. In Direitos humanos e democracia. Clèmerson Merlin Clève et al. (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 277/293.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de processo civil interpretado**. Coordenador: Antonio Carlos Marcato, 2.ed., São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil -Teoria & Prática**. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 1989.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: Ed.UNB, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**.1.ed.São Paulo:Edipro,2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** 21ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal v.1. Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça civil.** Revista de Processo. V.2.n.5. p.128-160. Jan/mar.1997.

CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée.** Paris: LGDJ, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8. ed. rev. e am. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. ed. rev. e ampl.- São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual,** n. 94

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Volume 1. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 7.

FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O Novo Código Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale.** São Paulo : LTr, 2003

FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Dano social e dumping Social no Direito do Trabalho.** Revista Ltr: legislação do trabalho. Imprensa: São Paulo, Ltr, 1978.. Referência: v. 80, n. 3, p. 284–300, mar., 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** Volume I : Parte Geral. 8ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta.** Belo Horizonte : Del Rey, 2005.

JANUTIS, Rachel M. **Reforming Reprehensibility: The Continued Viability of Multiple Punitive Damages After State Farm v. Campbell**, 41 SAN DIEGO L. REV. 1465.

JUNIOR, Américo Bedê. **O Constitucionalismo sob a ditadura militar de 64 a 85**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496978/000991331.pdf?sequence=1>.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado, 1964.

KIST, Dario José. **O Estado Social e o surgimento dos Direitos Fundamentais de Segunda Geração**, in Revista da AJURIS n° 80/2000.

KLAUSS, Alexandra. **Punitive Damages and Valuing Harm**. Disponível em: http://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=faculty_articles

KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009. (Tort and Insurance Law, 25).

LÔBO, Paulo. **A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro**. In Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. TEPEDINO, Gustavo (organizador). São Paulo: Atlas, 2008.

LOGAN, J. David and WOLESENSKY, Willian R. **Mathematical methods in biology. Pure and Applied Mathematics: a Wiley-interscience Series of Texts, Monographs, and Tracts**. John Wiley & Sons, Inc. 2009. Chapter 5: Concepts of probability.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional** – 2ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. **Rumos Cruzados do Direito Civil Pós-1988 e do Constitucionalismo de Hoje**. In Direito Civil Contemporâneo: Novos

Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. TEPEDINO, Gustavo (organizador). São Paulo : Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**. In: Temas de direito processual – Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 195-196. apud MENDES, Aluísio Gonçalves Castro..

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Responsabilidade Civil: Descumprimento do contrato e Dano Patrimonial**. Curitiba: Juruá, 1996.

NETO, Cláudio Pereira de Souza, SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Editora Fórum, 2 edição 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – 3. Ed –** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo : Saraiva, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 1. ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro, Renovar,1999.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**. Brasília, a. 43 n. 169. Jan/mar.2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil : a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.

SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996

SILVA, Flávio Murilo Tartuce. **Reflexões sobre o dano social**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537#_ftn27

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

STJ Rcl 12062 GO 2013/0090064-6, rel. Min. Raul Araújo, julgado em 12.11.2014 e DJe de 20.11.2014.

AgRg no REsp 1529892/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 13/10/2016

_____.**Resp. nº 636021 / RJ.**, rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 02.10.2008 e DJe 06/03/2009.

_____.**Resp. nº 788.459/BA.**, rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 08.11.2005 e DJe 13/03/2006.

_____**Resp. 839.923/MG.**, rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 15.05.2012 e DJe 21/05/2012.

_____**Resp. 210.101/PR.**, rel. Ministro Paulo Furtado. DJe 16/09/2009.

_____**Resp. 246.258/SP.**, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 18.04.2000. DJe 07/08/2000.

_____**Resp. 1438815/RN.**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 01/12/2016)

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**, S. Paulo: RT, 2001.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** - Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª Edição, Rio de Janeiro : Renovar, 2004.

THIENE, Arianna. **Nuovi percorsi della responsabilità civile. Dalla condotta alio status**. Milano: Cedam, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol.4. 3ºed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

VISCUSI, W. Kip . **The Blockbuster Punitive Damages Awards**, 53 EMORY L.J. 1405, 1405-08, 1428 tbl.1 (2004).