

O DANO SOCIAL E A *PUNITIVE DAMAGES* À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino¹

Resumo: O presente estudo aborda o dano social como um instrumento paradigmático-constitucional de efetivação da dignidade humana e da defesa do consumidor, para tanto utiliza de uma metodologia técnico-formal, por meio do método lógico dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfica, que consiste no estudo das normas (*lato sensu*), jurisprudências e doutrinas relativas a temática. Ao se falar em dano, verifica-se que com a evolução da sociedade aumentam-se os bens a serem tutelados. A responsabilidade civil tem uma função social, que tem natureza tríplice: primeiro estaria envolta na reparação ou compensação do dano, mas também tem o objetivo de desestimular e educar o causador do dano para que ele não volte a repetir e sirva como exemplo negativo. Visando salvaguardar a dignidade da pessoa humana que surgem os danos sociais como um instrumento que tem objetivo condenar o agressor a pagar uma indenização a uma entidade do setor público não-estatal, como forma de desestimular a prática e ter o condão educativo da responsabilidade civil.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Dano Social. Dignidade da Pessoa Humana.

Abstract: This study addresses the social harm as a constitutional instrument - paradigmatic realization of human dignity,

¹ Professor da UNOPAR – Campus Araçongas-PR e Faculdade Arthur Thomas – Londrina-PR. Doutorando em Função Social do Direito na FADISP. Mestre em Direito Negocial pela UEL (2012). Especialista em Metodologia de Ensino pela UNOPAR (2010) e em Direito Internacional e Econômico pela UEL (2012). Advogado.

to use both a technical and formal methodology, through logical deductive method and procedure of literature, which is the study of rules (*lato sensu*), jurisprudence and doctrines concerning the topic. When talking about damage, it appears that with the evolution of society rise up the assets to be protected. Liability has a social function, which has threefold nature: first would be shrouded in repair or compensation, but also aims to educate and discourage caused the damage so it does not happen again and serve as a negative example. Seeking to safeguard the dignity of the human social damages that arise as a tool that has to condemn the offender to pay compensation to a public sector entity non-state as a way to discourage the practice and have the prerogative of educational liability.

Keywords: Liability. Social damage. Dignity of the Human Person.

Sumário: 1. Introdução. 2. A legitimidade do dano social. 3. Responsabilidade Civil e a conceituação jurídica do dano. 3. A socialização do direito e ampliação da proteção a dignidade. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

 a partir do atual modelo de Estado Democrático de Direito brasileiro, que tem como fundamento a dignidade, que o presente estudo, sob o enfoque da análise doutrinária pelo método lógico dedutivo, busca demonstrar que o dano social surge como instrumento para a efetivação dos objetivos do Estado, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, necessário se faz num primeiro momento trabalhar a questão da legitimidade do dano social, aferindo se no presente caso encontra respaldo de validade sob o ponto de

vista habermasiano, já que seria o direito o elemento intermediador do mundo da vida e do mundo sistêmico, de forma que os bens jurídicos que são considerados relevantes ganham proteção (juridificação), dentre eles cita-se a dignidade que surge como um bem jurídico basilar do atual estado democrático brasileiro.

Verificada a legitimação do dano social, o próximo ponto é tecer considerações acerca da responsabilidade civil, analisando seus elementos e conceituar juridicamente o dano, sejam os clássicos ou as novas modalidades, para então chegar ao dano social também conhecido como dano difuso.

No último capítulo a preocupação será em discorrer sobre a mudança de enfoque do direito, onde os valores individuais deixam espaços aos valores coletivos, ocorrendo a socialização do direito como forma de ampliar a proteção a dignidade e a defesa do consumidor.

Finalmente, a contribuição esperada deste trabalho é debater qual seria a função social do instituto da responsabilidade civil e como as indenizações a título de danos sociais podem colaborar com a efetivação da dignidade da pessoa humana e da defesa do consumidor tendo em vista seu caráter desestimulador e educativo.

2. A LEGITIMIDADE DO DANO SOCIAL

É na Teoria da Ação Comunicativa (*Theorie des Kommunikativen Handelns*) que Habermas analisa a sociedade moderna e suas patologias, devido a infiltração dos subsistemas: político (Estado) e de mercado (Economia), os quais regidos pelos anseios do poder econômico e burocrático, atingem diretamente o *mundo da vida*². É devido ao interrelacionamento destes sistemas, que se faz necessário o

² HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa*. Tomo II. Madrid: Taurus Humanidades, 1999. P. 503.

fenômeno da juridificação, onde os conflitos humanos considerados relevantes são positivados, ocorrendo uma racionalização do *mundo da vida*.

Uma das possibilidades ao tentar uma possível legitimação do dano social é aferir se tal ação de intervenção estatal, no presente caso por meio do Poder Judiciário, encontra respaldo (validade) sob o ponto de vista habermasiano de elaboração e aplicação das normas em uma democracia. Para Habermas, carece de legitimidade e democracia, a norma que não contemple os aspectos de validade e faticidade.

Falar de validade significa que o povo deve ter poder argumentativo e consentir com as intervenções, seria voltar ao ideal Republicano. Sob o enfoque da faticidade, deve ocorrer uma juridificação³, ou melhor dizendo, uma positivação da vontade popular no sentido de utilizar-se do direito e da jurisdição, na orientação e direção da vida fática⁴.

Segundo Habermas, a questão do problema da exclusão social se dá pela ação dos sistemas econômicos, que devido ao fato da predominância do poder econômico, as pessoas são

³ Alguns doutrinadores utilizam o termo juridicização, como por exemplo Washington Peluso Albino de Souza na definição de Direito Econômico, quando vai tratar da positivação da política econômica, no intuito de atender determinados objetivos econômicos.

Nesse sentido é a definição de Direito Econômico: “é o ramo do Direito que tem por objeto a ‘juridicização’, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do ‘princípio da economicidade’.” SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 23.

⁴ A legislação pátria positivou a tutela da pessoa humana (art. 1º, III da CF) e a base principiológica adotada pelo Código Civil de 2002 adota como regramento básico a sociabilidade, neste sentido ao tratar sobre os danos sociais Flávio Tartuce dispõe: “O conceito mantém relação direta com a principiológica adotada pelo Código Civil de 2002, que escolheu entre um de seus regramentos básicos a sociabilidade: a valorização do *nós* em detrimento do *eu*, a superação do caráter individualista e egoísta da codificação anterior”. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 438.

vistas com base no discurso do ter, onde se avalia os indivíduos pela sua capacidade de produção, a outra ação que colabora é o sistema político onde se verifica a predominância do poder político, este que muitas vezes não tem uma intenção de prosperidade para sociedade civil, mas devido aos *lobbies* utilizam-se deste seu poder em prol de determinados grupos. Ambos os sistemas são dotados de ações estratégicas.

Com a ideia de sociedade moderna (complexa) Habermas vai dividir em dois mundos que interagem entre si, um que ele denomina de sistêmico (predomina a ação estratégica – forma racional de aplicar meios visando um fim) e outro seria o mundo da vida (predomina a ação comunicativa – interações linguisticamente mediadas na busca do consenso).

Portanto, nesta linha de pensamento, verifica-se que num processo comunicativo os participantes podem considerar ou refutar as argumentações do locutor, criando tal impasse, duas maneiras de soluções são propostas: a primeira, adotar uma ação estratégica (técnica), onde as ações dos indivíduos seriam egoístas, pois estas buscam apenas seus objetivos individuais de forma imediatista, por contra partida a segunda opção, seria a recuperação da comunicação, por meio do Discurso (que podem ser teóricos, práticos ou explicativos).

Uma das grandes questões nas soluções dos conflitos da sociedade moderna complexa, reside no fato da ausência da validade e legitimidade das normas instituídas neste Estado, que para Habermas, se alcança por meio da ética do discurso.

A ética do discurso, surge como uma evolução do imperativo categórico, onde Habermas fundamenta a legitimidade da norma por meio da realização de um discurso efetivo, de modo que substituiu o imperativo categórico pelo Princípio U, o qual elenca que a norma apenas terá aceitação global, no momento em que todos aceitem suas consequências e efeitos sem a necessidade da coação⁵.

⁵ “Assim, o Princípio U, enquanto regra de argumentação, deve permitir o consenso

No âmbito da prática da ética discursiva substitui-se o Princípio U pelo D, para o qual aspira de validade a norma que obteve ou poderá obter a aceitação de todos os participantes do discurso prático. Isso permite questionar a validade das normas ao verificar as consequências da mesma no intuito de buscar o ideal de justiça social.

Aliado a ética discursiva, Habermas elabora uma teoria discursiva do Direito, a qual o Direito passa a ser visto como uma instância mediadora entre o mundo da vida e o mundo sistêmico. Desta forma, deve o Direito positivar normas que visem proteger os bens jurídicos que são considerados relevantes.

A validade da criação do direito moderno é encontrada em três elementos: positividade, legalidade e formalidade, desta forma verifica-se que é válido e permitido tudo o que não é juridicamente proibido, neste sentido é que se encontra um maior ou menor número de direitos fundamentais assegurados, de acordo com o viés sócio-político-econômico do Estado adotado. Habermas traz quatro ondas de juridificação que interferem diretamente nas garantias de direitos:

- I. o Estado Burguês – que surgiu na Europa Ocidental na época dos Estados absolutistas – onde o sistema econômico capitalista possibilita aos entes privados que estabeleçam relações negociais privadas, cabendo ao Estado a titularidade das fontes legais soberanamente produzida e reserva a si o monopólio da repressão aos ilícitos, assegurando as garantias e liberdades individuais (formalmente e apenas no plano horizontal), o direito

em um discurso prático. A argumentação surge entre os diversos participantes serve para alcançar um consenso para os conflitos de ação. De acordo com esse princípio, toda norma válida deve satisfazer à condição de que as consequências que resultarem, para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos, possam ser aceitas por todos os afetados, sendo universalmente seguidas.” – BUNCHAFT, Maria Eugenia. Direito e Democracia em Jürgen Habermas. *Revista de Filosofia*, Universidade Estadual de Londrina, vol. 8, n. 27/28, p. 41-63. p. 45.

de propriedade privada e a segurança jurídica, ocorre a sedimentação da sociedade civil, conseqüentemente permitindo que o poder político e econômico interfiram de forma significativa no *mundo da vida*.;

- II. o Estado de Direito – tem início no século XIX na monarquia alemã – institui direitos e garantias, tanto no âmbito horizontal como no vertical, trata-se da normatização jurídico-constitucional do poder público, desta forma a lei limita tanto os entes privados como o soberano;
- III. o Estado Democrático de Direito – com origem na Revolução Francesa – aos entes privados é garantido o direito de participação política, podendo portanto, legitimar as normas pelo processo democrático;
- IV. e por último o Estado Social e Democrático de Direito – fruto das lutas dos movimentos operários – no qual ocorre a constitucionalização da relação de poder, buscando a igualdade material, de forma a assegurar garantias das liberdades individuais, todavia implicitamente em determinadas situações privando as mesmas, por intermédio de intervenções⁶ visando reestruturar o *mundo da vida*.

É no Estado Social e Democrático de Direito que proteção a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, dentre outros princípios, ganham papel de extrema importância, como forma de (re) estruturar as relações sociais. Na responsabilidade civil se tem ampliado a valorização da função pedagógica e

⁶ Neste sentido: “[...] a juridización tiene también una significación negativa, porque se refiere al fenómeno de inflación de normatividad jurídica, que regula cada vez más sectores de la vida pública y privada en las sociedades avanzadas. Es una consecuencia de la tendencia a la burocratización general que ya señaló Max Weber y un ejemplo de la penetración de la lógica sistémica en la vida de los individuos” – BOLADERAS, Margarita. *Comunicación, Ética e política: Habermas y sus Críticos*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996. p. 89.

compensadora⁷, como consequência disto, ocorre a ampliação dos danos na medida que são reconhecidos novos direitos⁸.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL E A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DO DANO

Ao se tratar do tema responsabilidade civil não há consenso doutrinário de quais são os elementos estruturais, o presente estudo adotará o posicionamento do jurista Flávio Tartuce⁹, ao analisar a estrutura utilizada por Maria Helena Diniz¹⁰, Carlos Roberto Gonçalves¹¹, Sérgio Cavalieri Filho¹² e dos

⁷ Anderson Schreiber observar esta ampliação ao discorrer que a: “[...] a flexibilização indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil, a refletir a valorização de sua função compensatória e a crescente necessidade de assistir a vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação dos danos. Neste contexto, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexos causal) perdem relevância de uma certa ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação: o dano. Por décadas relegado a um patamar secundário, advindo de sua fácil verificação materialista, este pressuposto – então, efetivamente pré-suposto – o dano vem, pouco a pouco, conquistando local de destaque na análise jurisprudencial, como elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios diversos” – SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 83.

⁸ Vale citar: “Essa conquista desemboca no reconhecimento das novas modalidades de danos a serem reparados. Logicamente, trata-se de normal decorrência da evolução humana. À medida que se reconhecem direitos, que são criadas novas tecnologias e que o ser humano amplio os seus meios de conquistas, também surgem novos prejuízos e, sem dúvidas, novas vítimas” – TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 420.

⁹ Op. Cit. p. 344.

¹⁰ A autora aponta três elementos: a) ação comissiva ou omissiva; b) dano; c) nexos de causalidade. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36 – 38.

¹¹ O autor aponta: a) ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) relação de causalidade; dano. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 35 – 37.

¹² São os elementos: a) conduta culposa do agente; b) nexos causal; c) dano. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19.

autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹³, adota os seguintes:

- I. conduta humana – está que pode ser uma positiva (ação) ou negativa (omissão), realizadas com dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) de atos próprios ou de terceiros quando a lei determinar¹⁴;
- II. culpa genérica ou *lato sensu* – tal conceito engloba o dolo (violação intencional) e culpa estrita: imprudência (falta de cuidado + ação); negligência (falta de cuidado + omissão), ambas contidas no art. 186 do CC e imperícia (falta de qualificação ou treinamento), positivada no art. 951 do CC;
- III. nexos de causalidade – trata-se da ligação entre a conduta e o resultado¹⁵;
- IV. dano ou prejuízo.

Ao tratar sobre o direito a indenização, Flávio Tartuce¹⁶ estabelece

[...] para que haja pagamento de indenização, além da prova de culpa ou dolo na conduta é necessário comprovar o dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado por alguém [...] a ação de responsabilidade civil, para o seu autor ou demandan-

¹³ Apresentam somente: a) conduta humana (positiva ou negativa); b) dano ou prejuízo e c) nexos de causalidade novo curso GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.53.

¹⁴ V.g. art. 932 (fato de terceiro), art. 936 (fato de animal), arts. 937 e 938 (fato de coisa inanimada) todos do Código Civil.

¹⁵ Trata-se de um elemento de difícil conceituação. Para Flávio Tartuce, “O nexos de causalidade ou nexos causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém.” – TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 358. Sérgio Cavalieri, entende que “Trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades [...] O conceito de nexos causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.” – CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 70.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. op. cit. p. 375.

te, é como uma *corrida com dois obstáculos*. Porém, é possível a retirada de um ou até todos esses obstáculos para o autor da demanda. (grifo no original).

No presente tópico, se dará maior ênfase ao dano (ou prejuízo) e seus reflexos aos indivíduos e à coletividade, tendo em vista ser ele o objeto central do trabalho.

Para caracterizar a responsabilidade civil e consequente indenização, necessário se faz também a ocorrência do dano. Pode-se conceituar o dano como aquela lesão a um patrimônio jurídico protegido¹⁷, sendo determinante para a sua caracterização a presença de dois elementos: o prejuízo (de fato); e a lesão jurídica (de direito)¹⁸, todavia apenas será passível de reparação quando presentes o ato ilícito¹⁹ ou o abuso de direito.

¹⁷ Carlos Alberto Bittar conceitua como: "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" (BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil – Teoria & Prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 1989, p. 8) ou ainda como "a perda, ou a diminuição, total ou parcial, de elemento, ou de expressão componente de sua estrutura de bens psíquicos, físicos, morais ou materiais". (BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 564 e 565). A jurisprudência chilena entende como dano uma lesão a um simples interesse: "*Los postulados que sobre la materia formulara Arturo Alessandri Rodríguez hacia ya más de cincuenta años calaron hondo en nuestros jueces, quienes, usualmente, no han hecho distinciones entre la concepción jurídica y vulgar de daño, al entender que éste es toda lesión a un simple interés o a una situación de hecho de la víctima de un delito o causidélito civil*" – SCHWERT, José Luis Diez. *El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina*. Chile: Juridica de Chile, 1998. p. 21.

¹⁸ "*Nel concetto di danno, inteso in senso giuridico, vi è quindi un elemento materiale, rappresentato dal fenomeno d'ordine fisico, ed un elemento formale, rappresentato dalla reazione suscitata dall'Ordinamento giuridico a conseguenza della turbativa arrecata all'equilibrio sociale dall'alterazione pregiudizievole di un interesse giuridicamente tutelato*". BONVICINI, Eugenio. *La Responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè, 1971. p. 30; E "*Además, para que el daño sea indemnizable ha de infringir una norma jurídica, pues si se produce conforme a derecho no sería indemnizable. Por tanto, el concepto del daño debe incluir también la nota de su antijuridicidad. Puede, pues, decirse que daño es 'todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra'*" BRIZ, Jaime Santos. *La Responsabilidad Civil – Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*. Madrid: Montecorvo, 1977. p. 126.

¹⁹ Orlando Gomes sustenta que devido ao aumento dos danos ressarcíveis a noção de

Ao se tratar de danos, poder-se-ia classificar em danos clássicos (morais e materiais) e novos danos (danos estéticos, danos por perda de uma chance, danos morais coletivos, danos existenciais e danos sociais ou difusos).

Por dano material ou patrimonial, entende-se aquele que atinge o patrimônio corpóreo das pessoas (jurídicas e naturais) e também dos entes despersonalizados (massa falida, espólio, etc.), o que importa dizer que em regra não se repara²⁰ dano hipotético ou eventual, de forma que se faz necessária a efetiva prova relativa ao dano.

Tal categoria de dano é classificada, nos termos do art. 402 do CC, em danos emergentes ou positivos e os lucros cessantes ou danos negativos, o primeiro que é aquele causado a pessoa e que efetivamente ocorre uma diminuição pretérita ao patrimônio da vítima (o extravio da bagagem por exemplo – art. 14 do CDC) e a segunda categoria trata-se da frustração de lucro, ou seja, no presente caso o que se procura é a reparação

ato ilícito passaria para dano injusto, "O aumento do número de danos ressarcíveis em virtude desse giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto, segundo o qual, como visto, a ressarcibilidade estende-se à lesão de todo bem jurídico protegido, dilata a esfera da responsabilidade civil e espicha o manto da sua incidência. Ressarcíveis passam a ser, por exemplo, na área dos direitos de personalidade, os danos provenientes de lesão ao direito à intimidade, na esfera dos direitos de família, o dano moral puro, no setor dos direitos de crédito nos quais há 'perda de uma utilidade econômica que já fazia parte da própria esfera jurídica patrimonial do credor', e, no campo dos interesses legítimos, os danos ocasionados aos particulares pelo Estado na sua política interventiva, ou por empresas privadas que poluem o ambiente ou produzem defeituosamente seus artigos" – GOMES, Orlando. *Tendências Modernas na Teoria da Responsabilidade Civil*, in Estudos em Homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 296. Todavia discorda-se de tal posicionamento tendo em vista que a legislação traz o conceito de ato ilícito (art. 186 do CC).

²⁰ Relativo ao uso do termo reparar ao invés de ressarcir, vale citar: "Quando se fala em *danos materiais* a doutrina prefere utilizar a expressão *ressarcimento*. De qualquer forma, não há problemas em se usar também o termo *reparação* para os danos materiais. O que não é recomendável é a expressão *ressarcimento* para os danos morais. Para os últimos, é melhor a utilização do termo *reparação*" – (grifo no original. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 378.

dos valores que deixou de receber (alimentos indenizatórios no caso de homicídio – art. 948, II do CC).

O fato da reparação do dano material, não excluiu outras indenizações, nos termos da parte final do *caput* do art. 948 do CC, desta forma é possível a cumulação de pedido de reparação material e moral nos termos da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, inclusive entende o STJ ser possível a cumulação além dos danos supramencionados, danos estéticos.

A segunda categoria dos danos clássicos são os danos morais, também conhecidos como danos imateriais, estes que não podem ser confundidos com meros transtornos ou aborrecimentos do dia a dia²¹, trata-se de lesão aos direitos de personalidades²² exemplificados nos arts. 11 a 21 do CC, desta forma no presente caso não se fala em ressarcimento, mas em reparação visando não mero acréscimo patrimonial²³, mas sim uma compensação pelos sofrimentos experimentados.

Quanto a classificação dos danos morais, pode-se aferir as seguintes:

- a) sentido próprio: trata-se daquilo que a pessoa sente (dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão), valendo ressaltar que não necessariamente deve estar presente tais sentimentos, neste sentido é o Enunciado nº 445 aprovado na V Jornada de Direito Civil e

²¹ Enunciado nº 159 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

²² Inclusive das Pessoas Jurídicas nos termos da Súmula nº 227 do STJ e art. 52 do CC.

²³ Tal argumento ganha força ao se verificar que nos termos da Súmula nº 498 do Superior Tribunal de Justiça, não incide Imposto de Renda na indenização por dano moral. Este é o entendimento do Flávio Tartuce (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 392), Fernando Noronha que elenca “[...] os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra ao princípio da satisfação compensatória: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um ‘preço’, será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação [...]” NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 569).

também ressalta-se que ante a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral (Súmula 227 do STJ), não se tem como falar a presença de tais situações.

- b) sentido impróprio: significa lesão aos Direitos de Personalidade (sentido amplo).
- c) provado (subjetivo): cabe ao autor provar o dano (regra geral)²⁴;
- d) presumido (objetivo, *in re ipsa*): situações onde se entende que o fato prova o dano, sendo tendência jurisprudencial de ampliar os casos da necessidade de prova em nome da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF);
- e) direto: atinge a honra objetiva da pessoa;
- f) Dano moral indireto ou em ricochete: atinge indiretamente a pessoa.

Quanto a natureza jurídica da indenização imaterial, três correntes são relevantes: a primeira que teria caráter reparatório ou compensatório (já superada pela jurisprudência), a segunda que teria caráter punitivo (teoria do desestímulo)²⁵ e a terceira dispõe que tem característica dúplice: de um lado (principal) reparatório e de outro pedagógico (acessório), a tese mais aceita pelos tribunais brasileiros.

O presente estudo entende que a indenização por danos morais tem natureza tríplice, ou seja, deve ter estar presente o caráter compensatório, tendo em vista o dano causado ao direito subjetivo e a dignidade da pessoa, por outro lado deve ter o caráter de desestímulo e também tem que ter o caráter educati-

²⁴ Neste sentido: “[...] logo após a Constituição Federal de 1988, entendia-se que o dano moral seria, em regra, presumido. Porém, diante de abusividades e exageros cometidos na prática – a gerar o que foi denominado pela imprensa nacional como *indústria do dano moral* –, passou-se a defender a necessidade da sua prova, em regra. Isso, também pela consciência jurisprudencial de que o dano moral não se confunde com os meros aborrecimentos suportados por alguém no seu dia a dia”. TARTUCE, Flávio. *op. cit.* p. 394.

²⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por danos morais*. Revista dos Tribunais, 1994. p. 219-226.

VO.

É em decorrência da evolução humana e no efetivo reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, dentre outros, que ampliam-se as modalidades de danos a serem reparados, desta forma serão tratados cinco novas modalidades.

A primeira modalidade que ganha número considerável de adeptos, tanto na jurisprudência como na doutrina, são os danos estéticos²⁶ como uma categoria separada do dano extrapatrimonial, ao ponto que o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula nº 387, a qual dispõe que: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

A discussão que originou esta mudança do pensamento do Tribunal Superior se dava pelo fato dos doutrinadores entenderem que: ora o dano estético era moral (quando causava vergonha da cicatriz, por exemplo) e em alguns casos era dano material (gastos para esconder a cicatriz etc.), entretanto reconhece-se tal dano como uma terceira hipótese, sob o argumento de que no dano estético ao ocorrer uma alteração morfológica do corpo agride visualmente, enquanto o dano moral trata-se de uma dor psíquica de foro íntimo.

Trata-se de um dano *in re ipsa*, o que importa dizer que ao sofrer qualquer alteração na pele, amputações ou perda de órgãos, já gera o dano.

Na tendência de ampliação, surge outra modalidade que é a Teoria da Perda de uma Chance, está que pode ser entendi-

²⁶ Interessante o conceito de Teresa Ancona Lopez: “Na concepção clássica, que vem de Aristóteles, é a estética uma ciência prática ou normativa que dá regras de fazer humano sob o aspecto do belo. Portanto, é a ciência que tem como objeto material a atividade humana (fazer) e como objeto formal (aspecto sob o qual é encarado esse fazer) o belo. É claro que quando falamos em dano estético estamos querendo significar a lesão à beleza física, ou seja, à harmonia das formas externas de alguém. Por outro lado, o conceito de belo é relativo. Ao apreciar-se um prejuízo estético, deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que ela era” – LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 37.

da como a justa retribuição a uma futura oportunidade que não acontecerá devido a determinada conduta, ressalta-se que no presente caso deve ser analisada sempre sob o prisma da razoabilidade, de forma que a chance perdida não pode ser uma mera expectativa subjetiva, mas sim uma chance quase concreta²⁷.

Uma das problemáticas que surgem no presente dano é delimitar qual chance seria passível de indenização, Sérgio Savi²⁸ adota o posicionamento de que caso a oportunidade for superior a 50% (cinquenta por cento) deveria ser considerado o dano, todavia tal percentual no plano prático seria de difícil aplicação, já que a vítima não conseguiria provar em várias situações. O posicionamento do presente trabalho é que apesar da doutrina e jurisprudência caminha para a fixação de tal dano, os danos materiais e morais seriam suficientes para abarcar tais fatos²⁹.

Outro modalidade de dano, que sob o ponto de vista do presente trabalho enquadra-se no dano moral ou material, é o dano existencial, difundido nas relações de trabalho e é causado quando o ato compromete a liberdade de escolha e o projeto de vida do ser humano, desta forma “provoca um vazio exis-

²⁷ Neste sentido: “A teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por este perdida deve representar muito mais do que simples esperança subjetiva. Como bem apontou Jacques Boré, pode-se imaginar um paciente vitimado por uma doença incurável, mas que ainda mantenha as esperanças de sobreviver. Objetivamente, todavia, não existe qualquer chance apreciável de cura. A propósito, ‘a observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis dos danos puramente eventuais e hipotéticos cuja reparação deve ser rechaçada’. Os ordenamentos da *Common Law* também demonstram a sua preocupação em evitar demandas levianas, exigindo a demonstração da seriedade das chances perdidas” – SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 134.

²⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 33.

²⁹ De acordo com o posicionamento do TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 429 e 430.

tencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital”³⁰.

Na seara de admissão dos novos danos e considerando que os valores coletivos ganham importância no atual estágio de desenvolvimento, surgem os danos morais coletivos, estes que dizem respeito à comunidade, todavia que atingem vários direitos da personalidade de pessoas determinadas ou determináveis³¹.

O dano moral coletivo, decorre dos novos anseios sociais, onde se busca efetivar os direitos materiais na esfera social, bem como valorizar ações que visem assegurar uma prestação jurisdicional justa, equilibrar sentenças para os múltiplos indivíduos nos casos que decorrem do mesmo evento danoso, portanto os primeiros fundamentos seria o art. 5, LXXVIII da Constituição Federal e no princípio da segurança Jurídica.

Na seara do consumidor o dano coletivo encontra respaldo constitucional no art. 170, V, no plano infraconstitucional, sob o viés de direito material, nos artigos 6º e 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e no processual

³⁰ BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28. Outros autores que entendem ser uma nova espécie de dano são: ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005. FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, 2010.

³¹ Cf. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 430 e o Conceito: “Com supedâneo, assim, em todos os argumentos levantados, chega-se à conclusão de que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*)” – BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, p. 44-62, out./dez. 1994.

no art. 1º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

Em recente jurisprudência da 2ª Turma do STJ reconheceu a possibilidade do dano moral coletivo, sustentando ser incoerente reconhecer o dano moral individual e não o coletivo, neste sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo.

3. *Haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização.*

4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico in dubio pro natura.

Recurso especial improvido.

(REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013) – grifou-se

Já a primeira turma do STJ, entendeu em recente julgamento como inviável a condenação do dano moral coletivo em sede de Ação Civil Pública:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS. É inviável, em sede de ação civil pública, a condenação por danos morais coletivos. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1305977/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 16/04/2013)

Não se pode concordar com tal decisão, já que o posici-

onamento adotado no presente trabalho é no sentido de que o dano moral coletivo ganha fundamentação na celeridade e economia processual, sem contar o fato que a Lei nº 7.347/1985, é expressa no seu art. 3º que “A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, desta forma não reconhecer a possibilidade do dano moral coletivo é ir contra a tendência atual³² da busca da efetivação dos direitos materiais de maneira célere.

A última categoria de danos e que merece estudo no presente trabalho é o Dano Social ou Difuso, proposto por Antonio Junqueira de Azevedo, trata-se de uma modalidade que visa garantir a ampla tutela a pessoa humana já que os danos sociais “[...] são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a

³² Exemplo disso é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto nos art. 930 a 941 do Projeto de Lei nº 8.046/2010 (Novo Código de Processo Civil), em apresentação, no Projeto de Extensão intitulado Função Social do Direito da Unopar-Arapongas, foi apresentado o trabalho do Prof. Fernando Cesar Martins Borges em coautoria de Guilherme Druciak, expõe o seguinte: “Conforme redação do art. 930, o incidente está previsto para as hipóteses em que se verificar a ocorrência de uma controvérsia que possa resultar em relevante multiplicação de processos com fundamento em questões idênticas de direito e que, incorrendo em decisões conflitantes, culminem em gerar grave insegurança jurídica” – DRUCIAK, Guilherme; BORGES, Fernando Cesar Martins. *Acesso a Justiça e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 2013. p. 7. Existem posicionamentos que entendem que tal mecanismo na realidade é uma forma de solução de conflitos em massa, a saber: “[...] merece uma grande atenção o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no projeto do novo Código de Processo Civil como um dos novos instrumentos que poderá vir a integrar nosso ordenamento jurídico. Sem se confundir com a tutela coletiva, o mecanismo é apenas uma forma de resolução de conflitos em massa, mais uma forma de padronização dos processos que ingressará no ordenamento jurídico brasileiro, talvez uma alternativa à falta de efetividade da tutela coletiva no Brasil” – SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p. 93-114, dez. 2011. Disponível em http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/285/261. Acesso em 26 out. 2013. p. 111. O presente estudo discorda do presente posicionamento, pois as decisões individuais já são padronizadas, desta forma ao se criar um mecanismo que de forma coletiva decide sobre a matéria, cria segurança jurídica, sem contar que assegurar a celeridade.

respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida”³³.

A principal diferença entre o coletivo para o social é que ao se tratar do primeiro busca-se ressarcir os danos causados aos direitos coletivos e individuais homogêneos, que são determinados ou determináveis, já o dano social abarcar também os direitos difusos, que da sua própria conceituação não pode ser tutelado pelo dano coletivo ante a sua indivisibilidade³⁴.

Ao se tratar em dano coletivo a indenização é para as pessoas que são determinadas ou determináveis tem a tríplice função reparadora, desestimuladora e educativa, já o dano social tem dupla função desestimuladora e educativa, já que a indenização irá para alguma entidade do setor público não-estatal³⁵.

Aceitar a aplicação das indenizações em sede difusa é ir

³³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 376.

³⁴ Flávio Tartuce (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 440) entende que os danos sociais são difusos, entretanto o posicionamento adotado no presente trabalho é no sentido de que eles estão presentes também em casos onde o dano foi nos direitos coletivos e individuais homogêneos, ante a sua característica de desestímulo e educativa.

³⁵ Utiliza-se da classificação de Bresser Pereira que utiliza o termo para distinguir atividades que são realizadas em áreas públicas, todavia por agentes privados: “Nestes termos não há razão para que estas atividades permaneçam dentro do Estado, sejam monopólio estatal. Mas também não se justifica que sejam privadas - ou seja, voltadas para o lucro e o consumo privado - já que são, frequentemente, atividades fortemente subsidiadas pelo Estado, além de contarem com doações voluntárias da sociedade. Por isso a reforma do Estado nesta área não implica em privatização mas em “publicização” - ou seja, em transferência para o setor público não-estatal. A palavra “publicização” foi criada para distinguir este processo de reforma do de privatização. E para salientar que, além da propriedade privada e da propriedade estatal existe uma terceira forma de propriedade relevante no capitalismo contemporâneo: a propriedade pública não estatal” PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismo de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. p. 25.

de encontro com a dignidade e com a principiologia adotada no Código Civil, neste sentido:

O conceito mantém relação direta com a principiologia adotada pelo Código Civil de 2002, que escolheu entre um de seus regramentos básicos a socialidade: a valorização do *nós* em detrimento do *eu*, a superação do caráter individualista e egoísta da codificação anterior. Justamente por isso, os grandes ícones privado têm importante função social: a propriedade, o contrato, a posse, a família, a empresa e também a responsabilidade civil³⁶.

É valorizar a cláusula geral da tutela humana, já que está é reconhecida constitucionalmente como um valor fundamental da República ampliando as hipóteses de ressarcimento e também promovendo a tutela humana mesmo além do rol de direitos subjetivos tipificados³⁷.

Nesta linha de entendimento foi aprovado o Enunciado nº 274 na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça que estabelece o seguinte:

Enunciado nº 274 – Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Enquanto a primeira parte do enunciado reconhece a possibilidade de ampliação dos direitos em prol da dignidade, a

³⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 438.

³⁷ É o entendimento de Gustavo Tepedino: “Os preceitos ganham, contudo, algum significado se interpretados com especificação analítica da cláusula geral da tutela da pessoa humana prevista no Texto Constitucional no art. 1º, III (a dignidade como valor fundamental da República). A partir daí, deverá o intérprete afastar-se da ótica tipificadora seguida pelo Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana não apenas no sentido de contemplar novas hipóteses de ressarcimento, mas, em perspectiva inteiramente diversa, no intuito de promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previsto pelo legislador codificado” – TEPE-DINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. Temas de direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 27.

segunda determina que em caso de colisão seja utilizada a técnica da ponderação, esta que surge como um mecanismo que vai de encontro com a constitucionalização do Direito Civil.

Ao fixar a indenização por dano social, o Juiz reconhece a conduta socialmente reprovável e aplica a pena, na prática surge os comportamentos exemplares negativos, são as palavras de Junqueira de Azevedo:

Por outro lado, mesmo raciocínio deve ser feito quanto aos atos que levam a conclusão de que não devem ser repetidos, atos negativamente exemplares – no sentido de que sobre eles cabe dizer: “imagine se todas as vezes fosse assim!”. Também esses atos causam um rebaixamento do nível coletivo de vida – mais especificamente na qualidade de vida³⁸.

Dois problemas surgem em tais danos, o primeiro está envolto na legitimidade de quem deve receber a indenização e o segundo se poderia conceder de ofício pelo Julgador sendo um julgamento extra petita.

Posiciona-se que as indenizações devem ser destinadas aos agentes do setor público não-estatal, já que os danos atingem toda a coletividade³⁹, de forma que a indenização deve ser a alguma entidade de preste serviço à sociedade indistintamente.

Relativo ao julgamento extra petita, não merece prosperar tal argumento, tendo em vista que o fundamento da aplica-

³⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 376.

³⁹ Cf. “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 Azevedo aponta que, além do pagamento de uma indenização, deve ser destinado o valor a um fundo. Cita também o art. 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” - TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 440.

ção da penalidade é em normas constitucionais, tendo portanto natureza de ordem pública, sem contar que a indenização não irá ao autor da demanda, mas sim à coletividade e tem caráter de desestimulador e educativo em prol da proteção a dignidade da pessoa.

3. A SOCIALIZAÇÃO DO DIREITO E AMPLIAÇÃO DA PROTEÇÃO A DIGNIDADE

O dano é a lesão ao patrimônio material e moral, estes entendidos como conjunto de valores afetivo-sentimentais que estão intimamente relacionados com os direitos de personalidade, uma injusta agressão na esfera psíquica ou moral do indivíduo.

Ao se tratar do dano moral, verificam-se as seguintes questões: a) a violação do direito gera a responsabilização; b) cabe aos juízes a fixação da reparação; c) reconhecem-se fatores fáticos como determinantes à reparação; d) novas formas de reparação são admitidas; e) deve-se buscar o desestímulo; f) o agente deve ser submetido a prestação de serviços visando a reparação não-pecuniária; g) possibilidade de cumular danos morais, materiais, estéticos e sociais.

Desta forma, a priori o dano moral afeta diretamente ao indivíduo, todavia atualmente ocorre uma mudança de paradigma no direito, pois o que busca é proteger o coletivo (em sentido amplo), sobrepondo-se inclusive aos interesses individuais, por entender que muitos interesses transcendem a esfera do particular, sendo tênue a linha entre o social e o individual⁴⁰, neste ponto ganha destaque a valorização da dignidade humana, uma das bases do Estado Democrático de Direito brasileiro.

⁴⁰ Luiz Edson Fachin esclarece o dever social das pessoas ao afirmar que: “A pessoa tem o dever social de colaborar com o bem do qual também participa, ou seja, deve colaborar com a realização dos demais integrantes da comunidade” - FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 47.

É do conceito de pessoa que surgem os direitos subjetivos (ou fundamentais) desta forma verifica-se que no plano social, deve-se desassociar o ser humano do Estado, na busca do equilíbrio entre liberdade e autoridade, ao ponto de Kant⁴¹ estabelecer o homem como um fim a si mesmo⁴², de forma a ter um valor absoluto, o que importa dizer não poder ser utilizado como instrumento para algum fim, daí decorre a dignidade humana.

O sistema jurídico brasileiro, adotou no art. 1, III da Constituição Federal o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento e tal princípio deve ser utilizado como forma de instrução na interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais, vale citar:

Princípios como o da dignidade da pessoa humana, da erradicação da pobreza, da função social da propriedade privada e também da livre iniciativa econômica, integram conjuntamente a ordem constitucional positivada, sem graus de hierarquia ou de prevalência; não são “adornos” ou meras formulações de feição programática. Por este motivo não podem deixar de ser utilizados, nem sê-los (sic) apenas subsidiariamente; devem instruir a interpretação e a aplicação das normas infraconstitucionais, mantendo a coerência e unidade próprias de um sistema⁴³.

⁴¹ Neste sentido: “[...] a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois por ela lhe é possível ser membro legislador num reino dos fins” – KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*: coleção os pensadores. São Paulo: Abril, 1993. p. 77.

⁴² Nesta esteira: “Sessarego, em sua obra *Derecho y Persona*, partindo de uma perspectiva existencialista e culturalista, afirma que o Direito não é mera ciência lógico-matemática, na qual o sujeito seria tão-só um centro formal de imputações. Em verdade, o Direito seria fruto da cultura humana, e, como tal, nada obstante necessitar de uma teoria do ordenamento formal, não pode deixar de lado o aspecto axiológico e a intersubjetividade. Se a função do Direito é compreender a sociedade, regulando-a valorativamente, o jurídico não pode permanecer indiferente ao social. O protagonista do Direito é o homem, que elabora as normas e, ao mesmo tempo, é o seu destinatário. Por isso, toda conduta humana intersubjetiva é valorável juridicamente” – FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 45.

⁴³ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de

A dignidade é inerente da pessoa humana e o legislador constituinte brasileiro, elevou a valor supremo da ordem jurídica e como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, o que implica que não apenas há uma garantia formal, mas sim existe o reconhecimento material de tal direito, ao ponto de ser obrigação do Estado e dos jurisdicionados garantir condições mínimas de existência evitando desigualdades.

É com base neste fundamento que o direito vem passando por uma espécie de “socialização”, considerando o impacto que a evolução da tecnologia e da sociedade como um todo vem causando no tecido social.

Neste contexto que os interesses superam a esfera do individualismo para o interesse coletivo, neste sentido:

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 possíveis interessados, sem que possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a “quota” de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todas; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade. Por exemplo: teme-se que a realização de obra pública venha a causar danos graves à flora e à fauna da região, ou acarrete a destruição de monumento histórico ou artístico. A possibilidade de tutela do “interesse coletivo” na preservação dos bens em perigo, caso exista, necessariamente se fará sentir de modo uniforme com relação à totalidade dos interessados. Com efeito, não se concebe que o resultado seja favorável a alguns e desfavorável a outros. Ou se preserva o bem, e todos os interessados são vitoriosos; ou não se preserva, e todos saem vencidos⁴⁴.

Desta forma, ao ferir um bem considerado individual-

Janeiro: Renovar, 2006. p. 77.

⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 195 e 196.

mente, todavia reiterando a prática⁴⁵, o princípio da dignidade humana determina ao Estado⁴⁶, neste caso representado pelo Poder Judiciário, fixe indenização com o intuito de cumprir a função social da Responsabilidade Civil, qual seja: desestimular e educar o praticante do ato, neste caso é legítima a fixação da indenização suplementar pelo Juiz.

Nesse contexto existem duas interessantes recentes decisões que condenam as empresas em dano social, a primeira trata-se de uma condenação da empresa Amil:

PLANO DE SAÚDE. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinado que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida.

DANO MORAL. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, conseqüentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva.

DANO SOCIAL. Caracterização. Necessidade de se coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde

⁴⁵ Interessante cita o Enunciado nº 4 da ANAMATRA da 1ª Jornada de Direito Material e Processual: “4. "DUMPING SOCIAL". DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido "dumping social",

motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, "d", e 832, § 1º, da CLT.

⁴⁶ O presente trabalho adota a definição de Estado de Dalmo de Abreu Dallari, qual seja: é “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território” – DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 104.

com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo.

LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. Configuração pelo caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa. Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte. (TJSP - Apelação nº 0027158-41.2010.8.26.0564 – São Bernardo do Campo – voto nº 18512 – 18/07/2013)

No presente julgado os desembargadores entenderam que a prática da não cobertura era feita de maneira reiterada, desta forma se faz necessário fixar indenização para a parte que teve seu direito desrespeitado, todavia devido a função social da responsabilidade civil, também era necessária a fixação de indenização para a coletividade seja para algum fundo ou entidade associada a temática, no caso foi estabelecido a indenização no montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) destinados ao Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

A segunda decisão trata-se de um processo em primeira instância do Juizado Especial Cível da Comarca de Lajes – São Paulo, no caso a operadora TIM foi condenada em R\$ 6.000,00 (seis mil reais) para a parte Autora e em R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), sendo R\$ 3,5 milhões à Santa Casa de Jales-SP e R\$ 1,5 milhões ao Hospital do Câncer de Jales-SP, trata-se dos autos nº 1507/2013.

A presente decisão confirma a tese que ao se falar em Danos Sociais, trata-se de matéria de ordem pública, portanto não necessitando estar presente nos pedidos iniciais, até mesmo porque a decisão deferiu valor acima do teto do Juizado, que são 40 (quarenta) salários mínimos nos termos do art. 3º, I da Lei 9.099/1995.

O que fundamenta o dano social é a ampla proteção a dignidade da pessoa humana e levando-se em consideração a mudança do enfoque do individual para o coletivo, todas as ações que são causadoras de danos que podem afetar a coletividade, devem ser reprimidas e um instrumento que surge como forma de efetivar a dignidade e cumprir o papel social da

responsabilidade civil é o dano social.

CONCLUSÃO

O conceito da responsabilidade civil está ligado a sua função social que tem caráter tríplice: visa reparar ou ressarcir ou dano, tem a função de desestimular novas práticas e tem a função educativa.

Tradicionalmente ao se trabalhar com a indenização, fala-se em danos materiais (emergentes ou lucro cessantes) e danos morais, com o desenvolvimento da sociedade novos bens jurídicos começam a ser protegidos, daí decorre os novos danos: danos estéticos, danos por perda de uma chance, danos morais coletivos, danos existenciais e danos sociais ou difusos.

Dos novos danos, o presente trabalhou posicionou-se no sentido de que os danos por perda de uma chance e os danos existenciais estão tutelados pelos danos tradicionais, não necessitando uma nova categoria.

Ao se falar especificamente dos danos sociais, também conhecidos como difuso, a primeira preocupação se deu em aferir a sua legitimidade, sob o ponto de vista habermasiano, o que se pode concluir que no âmbito da prática da ética discursiva substitui-se o Princípio U pelo D, para o qual aspira de validade a norma que obteve ou poderá obter a aceitação de todos os participantes do discurso prático. Isso permite questionar a validade das normas ao verificar as consequências da mesma no intuito de buscar o ideal de justiça social.

No atual Estado brasileiro, positivou o princípio da dignidade como fundamento basilar do Estado, desta forma ele é de extrema importância para (re) estruturar as relações sociais.

Ocorre uma socialização do direito, onde os valores coletivos sobrepõem-se aos valores individuais como forma de ampliação a proteção da dignidade, ao se falar em dano social este surge como instrumento efetivador da dignidade, princi-

palmente devido ao seu caráter desestimulador e educativo, desta forma por ter fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, portanto sendo matéria de ordem pública, pode o Juiz diante de atos reiterados que afetam o sistema social, além da indenização fixada para parte, estipular indenização a título de dano social, está que deverá ser destinada a uma entidade do setor público não-estatal, preferencialmente ligada a área afetada, como forma de ampliar a proteção a dignidade humana e do consumidor.



REFERÊNCIAS

- ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil: Teoria & Prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 1989.
- _____. *Reparação Civil por danos morais*. *Revista dos Tribunais*, 1994.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, p. 44-62, out./dez. 1994.
- BOLADERAS, Margarita. *Comunicación, Ética e política: Habermas y sus Críticos*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.
- BRIZ, Jaime Santos. *La Responsabilidad Civil: Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*. Madrid: Montecorvo, 1977.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. Direito e Democracia em Jürgen Habermas. *Revista de Filosofia*, Universidade Estadual de Londrina, vol. 8, n. 27/28, p. 41-63.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade*

- Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DRUCIAK, Guilherme; BORGES, Fernando Cesar Martins. *Acesso a Justiça e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 2013.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOMES, Orlando. *Tendências Modernas na Teoria da Responsabilidade Civil*, in Estudos em Homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa*. Tomo II. Madrid: Taurus Humanidades, 1999.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismo de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SCHWERT, José Luis Diez. *El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina*. Chile: Juridica de Chile, 1998.
- SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p. 93-114, dez. 2011. Disponível em http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/articloe/view/285/261. Acesso em 26 out. 2013.
- SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. Temas de direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.