

DANOS SOCIAIS – A REVITALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL QUANTO À RESPONSABILIDADE CIVIL

SOCIAL DAMAGE - THE REVITALIZATION OF THE CIVIL CODE REGARDING CIVIL LIABILITY

Renato Campos Andrade¹

Marcela Muniz²

RESUMO

Diante da evolução social e agravamento dos riscos, a responsabilidade civil deve lidar com novos tipos de danos. Os danos sociais objetivam primordialmente a reparação das lesões sofridas por algum bem jurídico imaterial da sociedade e têm lugar nos casos em que esta tenha sido efetivamente lesada. Entretanto, percebe-se decisões no judiciário brasileiro em que há a condenação nos referidos danos em ações individuais, nas quais o autor busca a compensação do dano suportado por si, de forma individual e condenações de ofício. Por meio do método investigativo e dedutivo se analisou a finalidade do dano social e a natureza dos danos imateriais, quando sua aplicação de acordo com a legislação brasileira vigente. A hipótese verificada se deu quanto a sua aplicação nas demandas coletivas, por meio das quais, a sociedade busca, através de seus representantes, a reparação de um dano causado a um bem jurídico imaterial tutelado pelo Direito. No entanto, não há que se falar na aplicação de tais danos em demandas individuais, nas quais o objetivo da lide é a compensação de um dano suportado de forma individualizada.

Palavras-chave: Danos Sociais; jurisprudência; aplicabilidade; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

In the face of social developments and increased risks, civil liability must deal with new types of damage. Social damages are primarily aimed at repairing injuries suffered by some immaterial legal asset of society and take place in cases where it has been effectively harmed. However, decisions are perceived in the Brazilian judiciary in which there is a conviction for the aforementioned damages in individual actions, in which the plaintiff seeks compensation for the damage borne by him, individually, and official convictions. Through the investigative and deductive method, the purpose of the social damage and the nature of immaterial damages were analyzed, when applied according to the current Brazilian legislation. The verified hypothesis occurred as to its application in the collective demands, through which, the society

¹ Doutorando em Direito, Mestre em Direito, Pós graduado em Direito, Especialista em Direito do Consumidor, Professor de Direito Civil, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil, Membro Associado Efetivo da Academia Brasileira de Direito Civil, Membro da Comissão de Estudos Permanentes sobre *Compliance* da OAB/MG, Árbitro da CAMES – Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada, Membro do Grupo de Pesquisa em Responsabilidade Civil por danos ao meio ambiente no Brasil e no Direito Comparado. e advogado. renato@guimaraesandrade.com.br - <https://orcid.org/0000-0001-6494-9643>.

² Advogada, formada na Dom Helder Escola de Direito, pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil, membro da Comissão de Startups da OAB/MG. marcelatmuniz@gmail.com - <https://orcid.org/0000-0001-7826-2180>.

seeks, through its representatives, the repair of a damage caused to an immaterial legal asset protected by the Law. However, there is no need to talk about the application of such damages to individual claims, in which the objective of the dispute is to compensate for damage sustained individually.

Keywords: Social damages; jurisprudence; applicability; civil liability.

INTRODUÇÃO

Até o final da década de 80, percebia-se que a imputação da responsabilidade civil era realizada de forma singela sendo, inclusive, questionado se a vítima do dano poderia cumular a reparação material e moral sofrida. Entretanto, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, está-se defronte de uma crescente responsabilização contra os agentes causadores de danos, pelo que há um enorme interesse em efetivar o instituto da responsabilidade civil.

O objetivo da responsabilidade civil é a reparação do dano experimentado injustamente pelo lesado, seja por culpa ou dolo do agente, quando se tratar de responsabilidade subjetiva, ou mesmo ao mero risco do empreendimento, configurado na responsabilidade objetiva.

No início, apenas se reparava os danos materiais. Posteriormente, evoluiu-se para a reparação dos danos extrapatrimoniais.

É importante que se diga que esta dilatação das espécies de danos sofridos deu origem às formas que não existiam até então, como os danos estéticos, a perda de uma chance e os danos sociais, sendo a aplicação destes últimos o objeto deste trabalho.

Os danos sociais objetivam primordialmente a reparação das lesões sofridas por algum bem jurídico imaterial da sociedade e têm lugar nos casos em que esta tenha sido efetivamente lesada. Entretanto, percebe-se decisões no judiciário brasileiro em que há a condenação nos referidos danos em ações individuais, nas quais o autor busca a compensação do dano suportado por si, de forma individual e condenações de ofício.

Cabe analisar assim, levando em conta a finalidade do dano social e a natureza dos danos imateriais, quando sua aplicação estaria de acordo com a legislação brasileira vigente. Em que momento os danos sociais poderiam ser aplicados, cumprindo a sua eficácia e sem que haja afronta ao ordenamento jurídico brasileiro?

Ora, como se trata de um dano experimentado por toda a sociedade, o que se deve buscar é a tutela de um direito transindividual, pelo que se deve propor como legitimados ativos da

ação de reparação dos referidos danos, os representantes legais dados à sociedade, como por exemplo o Ministério Público.

Dessa maneira, o presente artigo objetiva identificar em qual momento os danos sociais imateriais podem ser aplicados, cumprindo a sua eficácia e sem que haja afronta ao ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, será necessário analisar o instituto da responsabilidade civil, as suas funções e os elementos necessários para que esta esteja caracterizada, apontar os meios de efetivação da responsabilidade civil, diferenciar os direitos difusos dos individuais, demonstrar o que são os danos sociais, suas modalidades (material e moral), a principal finalidade do dano social imaterial e suas peculiaridades e, por fim, realizar pesquisa jurisprudencial, apontando de que maneira os danos sociais estão sendo aplicados.

Ressalta-se que o referido tema possui uma enorme relevância na sociedade atual, uma vez que constitui um novo modo de efetivação da responsabilidade civil, que tem como objetivo a tutela de direitos difusos.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL: FUNÇÕES, ELEMENTOS CARACTERIZADORES E ESPÉCIES DE DANOS

1.1 Funções da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil nasceu nos primórdios da civilização humana, sendo que era exercida diretamente pelo grupo ou pelo indivíduo que sofreu o dano, restando caracterizada a “justiça com as próprias mãos” ou autotutela.

Posteriormente, com o advento da *lex aquilia de damno*, alterou-se a base da reparação do lesado através do patrimônio do lesante, tendo assim, característica de sanção privada e de compensação do prejuízo suportado.

É importante ressaltar que a responsabilidade civil desde o seu início esteve ligada à ideia compensar os danos sofridos por alguém em razão de uma conduta de outrem, buscando assim, o restabelecimento do *status quo ante* da pessoa lesada. Assim, pode-se dizer que a função reparatória é inerente à responsabilidade civil desde o seu surgimento.

Desta forma, a função da responsabilidade civil consiste no restabelecimento do equilíbrio jurídico-econômico preexistente entre o agente e a vítima, tendo em vista sua ruptura em razão do dano sofrido (CAVALIERI FILHO, 2010).

Neste contexto, levando em conta que será imputado ao agente causador do dano uma efetiva reparação patrimonial é possível se considerar também que a responsabilidade civil possui uma função preventiva, vez que ao responsabilizar os lesantes, desestimula a prática de novos atos lesivos.

Sublinhe-se que, em razão da evolução dos danos, ao não se limitarem apenas aos individuais, mas também aos sociais, alguns doutrinadores defendem que a responsabilidade civil ainda teria outra função, a punitiva. Tal função restaria evidenciada quando “a responsabilidade deriva de um especial ilícito, consistente na deliberada violação da norma jurídica. A sanção alcançará o agente por seu comportamento social e juridicamente reprovável” (ROSELVALD, 2013, p. 81).

Entretanto, é necessário explanar que não são todas as funções da responsabilidade civil acima expostas pacificamente aceitas pela doutrina e jurisprudência brasileira, mas somente as funções reparatórias e preventivas, que possuem como base a Constituição Federal e o ordenamento jurídico infraconstitucional.

1.2 Elementos caracterizadores

Sérgio Cavalieri Filho lembra que tal instituto pode ser dividido entre contratual ou extracontratual sendo, no último caso, ainda subdividido em subjetiva ou objetiva, dependendo da situação em que se configurou. Assim, explica que, para que a responsabilidade subjetiva esteja caracterizada, é necessária a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; o dolo ou a culpa do agente; e, por fim, o dano e a relação de causalidade entre este e a conduta praticada (CAVALIEIRI FILHO, 2010).

Frisa-se que “o dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo.” (DINIZ, 2006, p. 64).

O dano pode ser delimitado como a lesão que a vítima sofre, devido a um evento certo e sem sua vontade, em qualquer bem jurídico, patrimonial ou moral (DINIZ, 2006).

Para que dano seja passível de reparação, é necessária a configuração da diminuição de algum bem jurídico sofrido pela vítima, seja econômico ou não; a palpabilidade do dano, ou seja, a lesão abarcada pela pessoa deve ser real e efetiva, não sendo reparável o dano meramente hipotético; a legitimidade do autor, podendo ser o próprio indivíduo que sofreu diretamente o dano e ainda a inexistência de qualquer das causas excludentes de responsabilidade.

Para a configuração da responsabilidade civil é preciso a existência do nexo causal entre a conduta, culposa ou não, do agente e o dano sofrido pela vítima. Isto é,

tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. (DINIZ, 2006, p. 110).

A caracterização desse elemento exige, portanto, a existência de uma relação direta e imediata entre a atitude do agente e o efeito do dano. “É indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que esta seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.” (GOLÇALVES, 2016, p. 352).

1.3 Espécies de danos

Classificação tradicional divide os danos em duas classes, materiais ou patrimoniais e morais ou extrapatrimoniais.

Os danos materiais, também conhecidos como patrimoniais, como sua própria denominação já indica, trata-se dos prejuízos causados ao patrimônio da vítima.

Assim,

o dano patrimonial vem a ser lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. (DINIZ, 2006, p. 70).

Nesse sentido, com a leitura do art. 402 do Código Civil, é perceptível que estes danos abrangem o que a vítima efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar, podendo assim ser classificado como danos emergentes e lucros cessantes, não havendo qualquer vedação para a cumulação de ambos.

O dano emergente consiste em uma perda certa e presente no patrimônio da vítima, que ocorreu em razão da atitude danosa do agente. São os prejuízos que “se traduzem em um empobrecimento do patrimônio atual do lesado pela destruição, deterioração, privação do uso e gozo etc. de seus bens existentes no momento do evento danoso e pelos gastos que, em razão da lesão teve de realizar” (DINIZ, 2006, p.71).

Já o lucro cessante, pode ser qualificado como a privação de um ganho que a vítima teria e deixou de obter em razão do prejuízo que lhe foi causado. Neste caso, a mera possibilidade não o caracterizaria, mas sim uma probabilidade efetiva, que resulta da realidade anteriormente vivida pela vítima.

Deste modo, o dano material constitui na diferença entre o valor que a vítima possui após o dano e o que teria se este último não tivesse ocorrido, “sendo avaliado em dinheiro e auferido pelo critério diferencial” (DINIZ, 2006, p. 71).

Já os danos morais, também denominados dano imateriais, são a lesão a bem jurídico que não seja patrimonial,

é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É a lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVEZ, 2012, p. 378).

Assim, o dano moral se refere a uma lesão à personalidade da vítima, servindo a indenização para compensar ou atenuar as consequências do prejuízo imaterial sofrido. Assim, aqui não se tem como objetivo o acréscimo da patrimonial à vítima, mas sim a compensação pelos males suportados. (TARTUCCE, 2013).

Frisa-se que os danos morais também podem ter caráter coletivo, que restará caracterizado quando a conduta do agente lesionar de uma só vez o direito da personalidade de várias pessoas, sendo que neste caso as vítimas são determinadas ou determináveis, tutelando assim, direitos individuais homogêneos ou coletivos no sentido estrito.

2 SOCIEDADE DE RISCO - ALÉM DO DANO MERAMENTE INDIVIDUAL

2.1 Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e seus impactos

A evolução histórica passou dos direitos meramente individuais para os transindividuais. Estes últimos podem ser entendidos "como sendo a parcela de interesses pertencentes a grande número de pessoas unidas por situações comuns, situando-se em terreno intermediário entre o direito privado e o direito público" (BULOS, 2015, p.27).

Os direitos transindividuais são classificados entre direitos difusos, direitos coletivos ou direitos individuais homogêneos.

Os direitos difusos estão expressos no art. 81, I do Código de Defesa do Consumidor, sendo entendidos como direitos de natureza indivisível e que possuem titulares indeterminados ligados por uma situação de fato. Dessa forma, "o bem jurídico não é passível de divisão entre

os titulares, e esses não podem ser identificados, pois o bem pertence a toda coletividade de forma indivisível" (BULOS, 2015, p. 31).

Diante disso, tais direitos possuem o mais elevado grau de transindividualidade e, por essa razão, não há como determinar todos os sujeitos titulares, situação que dá sustentação à indivisibilidade do objeto e a sua reparabilidade indireta (GASTALDI, 2014).

Já os direitos coletivos em sentido estrito, classificados no art. 81, II do CDC, são aqueles de natureza indivisível como os direitos difusos. Entretanto, enquanto esses possuem titulares indetermináveis, aqueles possuem como titulares grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si por uma situação jurídica, ou seja, sujeitos indeterminados, porém, se tornarão determinados.

Assim, tais direitos "caracterizam-se pela transindividualidade restrita ao número de sujeitos que compõem uma determinada classe, grupo ou categoria de pessoas, unidas por uma relação-jurídica base, permitindo-se apenas a disponibilidade coletiva do objeto" (GASTALDI, 2014, s/p).

Por sua vez, os direitos individuais homogêneos, dispostos no art. 81, III do CDC, são decorrentes de uma origem comum. Frisa-se que estes se diferenciam dos supracitados direitos tanto quanto ao sujeito, quanto ao objeto, vez que o primeiro

apresenta-se perfeitamente individualizado e sua ligação com os demais sujeitos deve-se ao fato de estarem ligados a direitos com origem comum. O objeto da pretensão é passível de divisão, sendo possível precisar e quantificar o que é devido a cada lesado, embora tal lesão ocorra de uma mesma origem (BULOS, 2015, p. 36).

Assim, esses direitos são acidentalmente coletivos, vez que "para serem qualificados como homogêneos precisam envolver uma pluralidade de pessoas e decorrer de origem comum, situação essa que não exige unidade temporal e factual" (OLIVEIRA, 2011, s/p).

Dessa maneira, de uma forma geral e simplificada, os direitos transindividuais serão diferenciados quanto ao objeto, ao sujeito, e a situação que o originou, sendo que, quando os mesmos não possuírem objeto divisível, sujeitos ao menos determináveis e tiverem como base uma situação fática, estaremos diante de direitos difusos. Já quando se estiver frente a um direito cujo objeto é indivisível, porém, com sujeitos determinados ou determináveis e como origem uma relação jurídica, tal direito deve ser classificado como coletivo em sentido estrito. Entretanto, se possuírem sujeitos determinados, objeto divisível e provenientes de uma situação comum, devem ser classificados como direitos individuais homogêneos.

2.1.1 Meios de garantia dos direitos transindividuais

A primeira lei que deu expressa proteção aos direitos metaindividuais foi a Lei da Ação Popular, nº 4.717/65, vez que a defesa do tesouro nacional, considerado um bem público de valor econômico, e, portanto, deveria ter a sua destinação pelos agentes públicos. Conforme com o previsto nas legislações, representava um direito metaindividual, podendo ser tutelado por qualquer cidadão (BULOS, 2015).

Posteriormente, com o advento da Lei 6.513/77, que versa sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico e sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural, foi alterado o art. 1º, §1º da lei anteriormente mencionada, dispondo que bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turísticos eram considerados patrimônio público, podendo os mesmos serem tutelados pela ação popular.

Entretanto, os doutrinadores afirmam que o grande marco da tutela dos direitos metaindividuais se deu com o surgimento da Lei da Ação Civil Pública, lei nº 7.347/85, que

veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade (ZAVASCKI, 2011, p. 30).

Posteriormente, surgiu a lei 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que possibilitou a tutela de direitos individuais homogêneos através de ação coletiva sendo que, nos dias atuais, "a demanda pode ter por objeto qualquer espécie de matéria, desde que se caracterize tutela de interesses difuso, coletivo ou individual homogêneo" (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 383).

Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, há duas formas de garantir os direitos metaindividuais, a ação popular e a ação civil pública, uma vez que a "ação coletiva e a ação civil pública significam invocar a prestação jurisdicional para tutela das mais diversas espécies de direitos coletivos" (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 385).

A ação popular poderá apenas ser proposta por cidadão, que deverá comprovar sua condição com título eleitoral ou documento equivalente, e terá como finalidade a nulidade de um ato lesivo a determinado patrimônio público. Frisa-se que aqui o Ministério Público não possui legitimidade para promover a ação, mas poderá encarregar-se do polo ativo da ação quando o cidadão autor desistir da lide.

Já a ação civil pública é o meio processual adequado a deduzir pretensões decorrentes de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, paisagístico e a qualquer outro interesse difuso e coletivo (ZAVASCKI, 2011), não existindo expressamente um rol específico quanto na ação popular.

De acordo com o art. 3º da Lei da Ação Civil Pública, este instrumento poderá possuir cunho reparatório, preventivo ou cautelar de qualquer direito metaindividual, sendo possível ainda a cumulação de pedidos cominatórios.

Quanto à legitimação ativa, o art. 5º da referida lei e o 82 do CDC, limita-a ao Ministério Público, à Defensoria Pública, a União, os Estados, Municípios e o Distrito Federal, as autarquias, as empresas públicas, fundações, as sociedades de economia mista, as associações civis constituídas a pelo menos um ano e que possua finalidade legal compatível com o direito que busca defender e entidades e órgãos da administração pública destinados especificadamente à proteção dos interesses e direitos dispostos pelo CDC (BULOS, 2015).

2.2 Danos coletivos, sociais e suas peculiaridades

Pois bem, o desenvolvimento e a evolução da sociedade repercutiram diretamente no ordenamento jurídico brasileiro, que cada vez mais demonstra uma preocupação com toda a coletividade, seja ela determinável ou não.

Salienta-se que tais mudanças são as que Ulrich Beck (2007) caracteriza como elementos do novo tipo de sociedade criada no século XXI, a sociedade global de risco que, por sua vez, possui dois momentos: a flexibilidade da incerteza e o momento cosmopolita, sendo que o primeiro é caracterizado pela impossibilidade de determinação dos riscos e o segundo pela ideia de que os riscos globais ultrapassam as fronteiras nacionais. (MOTTA, 2009)

Assim, tais momentos impõem à sociedade do século XXI mudanças com características guiadas por novas ideias como a da responsabilidade futura com o planeta; a dos riscos globais servindo como base para novos questionamentos e liberdades individuais principalmente no sentido intelectual; a mudança do posicionamento anteriormente defendido do "eu" para o "nós", dentre outras. Dessa forma, os riscos, ou seja, incertezas que carregam a vida humana em todos os sentidos, são de extrema importância à sociedade, vez que servem como meio de mudança social. (MOTTA, 2009).

Nesse sentido, os danos morais coletivos, podem ser entendidos como os que "atingem direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, em que as vítimas são determinadas ou determináveis. Por isso a indenização deve ser destinada para elas, as vítimas." (TARTUCCE, 2013, p. 476). Frisa-se que ainda há divergência jurisprudencial que considera a possibilidade da aplicação dos referidos danos, argumentando os não adeptos a essa tese que os danos morais são apenas individuais.

Ato contínuo, os danos morais coletivos atingem bens juridicamente tutelados de várias pessoas de uma só vez, sendo possível identificar todas essas pessoas e, conseqüentemente, compensá-los pela lesão sofrida.

Por outro lado, os danos sociais, atingem a coletividade como um todo, não sendo possível se determinar os seus sujeitos. Nesse sentido, segundo seu precursor, caracterizam-se como "lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral -principalmente a respeito da segurança- quanto por diminuição na qualidade de vida" (AZEVEDO, 2004, p.36)

Para Flávio Tartucce, tal conceito tem relação direta com a noção principiológica 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". (TARTUCCE, 2008, s/p)

Os danos sociais, segundo seu precursor Antonio Junqueira de Azevedo (2014), "atingem toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população.". O autor indica ainda que "isso é particularmente evidente quando se trata de segurança, que traz diminuição da tranquilidade social, ou de quebra de confiança, em situações contratuais ou paracontratuais, que acarreta redução da qualidade de vida". (AZEVEDO, 2014, p. 380/381). Podem esses danos gerar repercussões materiais ou morais (TARTUCCE, 2014).

Dessa forma, "os danos sociais decorrem de condutas socialmente reprováveis ou comportamentos exemplares negativos" (AZEVEDO, 2014, p. 380) e, por esta razão, possuem não só o caráter compensatório, mas também o punitivo, ocasionando um desestímulo da prática do ato tanto para o agente quanto para "os outros que fiquem tentados a cometer o mesmo ato lesivo" (AZEVEDO, 2014, p. 380).

Para Flávio Tartucce, este instituto "mantém relação com o importante papel assumido pela dignidade humana em sede de Direito Privado, e pela tendência de se reconhecer uma amplitude maior aos direitos da personalidade." (TARTUCCE, 2008, s/p).

Enquanto os danos morais coletivos atingem direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, possuindo assim, sujeitos passíveis de determinação, os danos sociais tutelam direitos difusos, não podendo sendo possível a identificação dos lesados.

Assim, para que os danos sociais estejam caracterizados deve haver uma lesão que ultrapasse a esfera individual de cada pessoa, resultando a conduta danosa do agente em um prejuízo social a toda coletividade, ocasionando uma desestabilidade social.

2.2.1 Danos sociais materiais e imateriais e a sua consonância com a modernidade

Para Tartuce (2008), como os danos sociais atingem o patrimônio da sociedade podem ser considerados como materiais ou morais. Estaremos diante de um dano social material quando o bem jurídico tutelado tiver valor econômico determinado, ou seja, quando pudermos demonstrar de forma específica qual a diminuição que a vítima teve em razão da conduta do agente.

Ocorre que, quando estivermos frente à uma diminuição na qualidade de vida da sociedade que não podemos quantificar, ou seja, quando restar caracterizada a lesão a um bem jurídico imaterial, estaremos frente ao dano social extrapatrimonial. Como ocorre por exemplo quando se pratica determinada conduta que é condenada pela coletividade, causando abalo a, por exemplo, a tranquilidade ou a segurança da sociedade.

Dessa forma, percebe-se que nos referidos casos, a indenização deve ser imposta pelo magistrado de acordo com os próprios elementos quantificadores do dano moral, como a capacidade econômica das partes e a intensidade da lesão.

Por fim, é cediço afirmar que essas duas modalidades dos danos sociais podem ser causadas tanto por pessoas físicas, quanto por pessoas jurídicas, devendo a sua aplicação, em ambos os casos, levar em conta a função punitiva e dissuasória dos danos sociais.

3 EFETIVAÇÃO DOS DANOS SOCIAIS - APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

É crescente a preocupação da tutela dos direitos e garantias fundamentais, sejam eles considerados individuais ou coletivos, sendo um exemplo desse último, os danos sociais. Assim, foi explanado que eles podem ser aplicados quando a sociedade sofre algum prejuízo à um bem juridicamente tutelado, podendo este ser quantificado ou não, como é o exemplo ao abalo à tranquilidade ou segurança social.

A reparação desses danos são um importante controle exercido pela sociedade contra aqueles capazes de causar impactos profundos e de amplitude generalizada, como na decisão abaixo colacionada na qual um plano de saúde foi punido por uma prática lesiva reiterada à sociedade. O mesmo ocorreu quanto ao sistema de loterias.

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 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 com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo. (...)³.

TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA DO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS, RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensation. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. [...] (TJRS, 2007. grifo nosso).

Saliente-se que ainda pairam dúvidas a respeito de quem terá a legitimidade de pleiteá-los e para onde será destinada a sua indenização.

Antônio Junqueira de Azevedo, 2004, dispõe que a indenização poderá ser encaminhada tanto à um fundo da sociedade quanto para o indivíduo, dependendo de quem ajuizou a ação. Assim, para o autor,

a indenização por dano social deva ser entregue à própria vítima, que foi parte do processo, eis que para a obtenção da indenização foi ela quem de fato trabalhou. O operário faz jus ao seu salário. Os danos sociais, em tese, poderiam ir para um fundo como ressarcimento à sociedade, mas aí deveria ser por ação dos órgãos da sociedade, como o Ministério Público. AZEVEDO, 2004, p. 983).

³ TJ-SP - APL: 00271584120108260564 SP 0027158-41.2010.8.26.0564, Relator: Teixeira Leite, Data de Julgamento: 18/07/2013, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/07/2013

A indenização do dano deve ser dirigida à vítima que teve que suportá-lo e, como nos casos dos danos sociais quem suporta a lesão é toda a coletividade, não sendo possível determinar quem, a sua indenização não pode ser destinada a uma pessoa exclusivamente, mesmo porque, conforme visto anteriormente, há meios processuais específicos que servem para tutelar os direitos coletivos e difusos, não sendo a demanda individual um deles.

Tartucce indica que a referida verba deve ser destinada a um fundo de proteção em qualquer hipótese, vez que "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" (TARTUCCE, 2013, p. 479).

Dessa maneira, levando em conta uma das primordiais funções da responsabilidade civil e o conceito dos danos sociais, estes só poderiam ser pleiteados nas ações civis públicas e ação popular, pelos legitimados expressos em lei, e, sua indenização, tanto compensação quanto a sanção, devem ser destinadas a um fundo social, devendo o valor ser revertido em prol de toda a sociedade.

Como restou demonstrado tais danos só poderão ser pleiteados pelos legitimados da comunidade, por meio do instrumento processual cabível. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça

RECLAMAÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO POR TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS. RESOLUÇÃO STJ N. 12/2009. QUALIDADE DE REPRESENTATIVA DE CONTROVÉRSIA, POR ANALOGIA. RITO DO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO INDIVIDUAL DE INDENIZAÇÃO. DANOS SOCIAIS. AUSÊNCIA DE PEDIDO. CONDENAÇÃO EX OFFICIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. CONDENAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO ALHEIO À LIDE. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA DEMANDA (CPC ARTS. 128 E 460). PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. NULIDADE. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO. 1. Na presente reclamação a decisão impugnada condena, de ofício, em ação individual, a parte reclamante ao pagamento de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide e, nesse aspecto, extrapola os limites objetivos e subjetivos da demanda, na medida em que confere provimento jurisdicional diverso daqueles delineados pela autora da ação na exordial, bem como atinge e beneficia terceiro alheio à relação jurídica processual levada a juízo, configurando hipótese de julgamento extra petita, com violação aos arts. 128 e 460 do CPC. [...]4. No caso concreto, reclamação julgada procedente. (STJ, 2014).

Dessa forma, com base no entendimento do STJ, parte dos Tribunais de segunda instância, afirmaram que os legitimados para pleitear tais danos são os mesmos da ação civil pública, tendo em vista que se buscará uma compensação a ser revertida para toda a sociedade,

vez que não podemos individualizar quem sofreu o dano. Assim decidiu o e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

RECURSO INOMINADO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA E DÉBITO C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE EXCLUSÃO DOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO, COM PEDIDO LIMINAR – TELEFONIA – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA PARTE AUTORA JUNTO AOS CADASTROS DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – INEXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO – FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS – APLICAÇÃO DO ENUNCIADO 1.3 TRU/PR – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO (R\$10.000,00) – PLEITO DE AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS SOCIAIS – POSSIBILIDADE – OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA – NULIDADE NESTA PARTE PARA AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS SOCIAIS – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ATRAVÉS DE AÇÃO CÍVIL PÚBLICA – ENTENDIMENTO DO STJ – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.(TJPR, 2015).

Entretanto, ainda se percebe uma aplicação dos danos sociais em demandas individuais e até mesmo em ações em que nem constam o pedido da referida indenização.

Quanto à aplicação de ofício, há posicionamento que esta não pode prosperar, visto que não se pode conceder algo que não foi pedido na exordial, sob pena de se tratar de julgamento *extra petita*.

Neste sentido, em razão ao princípio processual da congruência ou adstrição, a sentença deverá ser declarada nula, por requerimento das partes ou de ofício, visto que tal matéria é considerada de ordem pública.

Ademais, é bom que se diga que além das questões processuais, a condenação dos danos sociais ainda pode ir de encontro ao direito material civil, visto que a função punitiva da responsabilidade civil não é pacificamente aceita pela *civil law*.

No entanto, o STJ já se posicionou no sentido de que os danos sociais são devidos à sociedade que teve um prejuízo sofrido em algum bem seu, entretanto, só poderão ser pleiteados em ações coletivas pelos seus legitimados estabelecidos em lei. Frisa-se que tal decisão se baseia na função compensatória da responsabilidade civil, devendo ser compensando apenas quem sofreu, não devendo ser destinada a indenização para terceiros estranhos à lide ou a algum indivíduo de forma específica e individualizada.

Logo, pode-se dizer que, quando estivermos diante de um direito individual, a natureza da indenização será primordialmente compensatória, possuindo como complemento os aspectos punitivos e preventivos quando da dosimetria do montante reparatório.

Diante de direitos difusos ou coletivos, como é o exemplo dos danos sociais, o STJ já admitiu a aplicação da função social da responsabilidade civil, possuindo o mesmo peso do aspecto compensatório, os valores punitivos e profiláticos. Dessa forma, conclui-se que os danos sociais podem possuir caráter punitivo, vez que é admitido o *punitive damage* nas ações coletivas.

Nesse diapasão, a indenização dos danos sociais não possui caráter meramente compensatório, mas também punitivo, imputando ao agente coator não só a responsabilidade de indenizar a vítima lesada, mas também a sanção pela prática de condutas socialmente reprováveis. Assim, Azevedo dispõe que "a pena tem em vista um fato passado enquanto o valor de desestímulo tem em vista o comportamento futuro; há punição *versus* prevenção. O desestímulo é tanto para o agente quanto para outros que fiquem tentados a repetir o mesmo ato lesivo." (AZEVEDO, 2004, p. 380).

Assim, podemos concluir que os danos sociais são sim, legais, quando aplicados dentro das ações coletivas, impulsionadas pelos legitimados ativos que a lei dispõe, devendo servir para reparar o dano sofrido pela sociedade e ao mesmo tempo coibir que outras pessoas também o façam.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, percebe-se cada vez mais o surgimento de novos danos tutelados juridicamente, sendo que cresce a proteção de direitos de toda uma coletividade, podendo ser individualizada ou não, sendo ultrapassada assim a ideia do individual. Ressalta-se que tal desenvolvimento teve como fundamento primordial a Constituição Federal da República de 1988.

Nesse diapasão, houve a singela aceitação dos danos morais em âmbito coletivo, ou seja, quando um grupo determinado ou determinável sofre um prejuízo psíquico, e, a criação dos danos sociais, que se configuram como lesões que a sociedade sofre em sua situação de vida, não se conseguindo assim, individualizar-se as vítimas do referido prejuízo.

Dessa forma, sendo os danos sociais, como o próprio nome faz menção, um prejuízo a um bem jurídico social, quem deve pleitear a sua indenização são os legitimados devidamente delimitados em normas constitucionais e infraconstitucionais, como o Ministério Público, através dos mecanismos processuais também especificados em lei, como a ação civil pública e a ação popular.

Frisa-se também que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é justamente o reconhecimento dos danos sociais e da sua aplicação somente em ações coletivas, não podendo eles serem concedidos em ações individuais por ausência de pedido (julgamento *extra petita*) ou mesmo quando houver o pleito desses danos nestas ações, vez que neste caso, o instrumento processual não terá a condição de agir denominada legitimidade das partes.

Logo, é possível se concluir pela confirmação da hipótese suscitada, podendo-se afirmar que os danos sociais são efetivos, mas tem lugar somente nas ações coletivas em que a sociedade, através de seus representantes, buscar a reparação de um bem jurídico injustamente lesionado, não devendo ser admitidos os referidos danos em ações individuais em que uma pessoa específica busca o ressarcimento dos danos sofridos apenas por si em razão da conduta de um agente lesivo.

Por fim, é necessário frisar que os danos sociais possuem caráter punitivo, pois correspondem a uma das eventuais hipóteses da efetivação da função social da responsabilidade civil, sendo também considerado um legítimo meio para a tutela de direitos não protegidos pelas outras espécies de danos existentes.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social.** In: O Código Civil e sua interdisciplinaridade. 2004.

BRASIL. Código Civil, 2002. Código Civil. 53. ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

BRASIL. Código de defesa do consumidor (1990). Código de defesa do consumidor. In: ANGER, Anne Joyce. **Vade mecum acadêmico de direito RIDEEL.** 14. ed. atual. ampl. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em 16 de junho de 2020.

BRASIL. Lei n. 7.347/85, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 16 de junho 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Pesquisa de Jurisprudência. Acesso em: 28 de junho de 2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0511.11.000251-2/001. Relator(a): Des.(a) Maurílio Gabriel. Pesquisa de Jurisprudência.15ª CÂMARA CÍVEL. Julgamento em 26/11/2015. Publicação da súmula em 03/12/2015. Disponível em: <

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>> Acesso em: 28 de junho de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. RI 000548887201481601740 PR 0005488-87.2014.8.16.0174/0 (Acórdão). Relator: Aldemar Sternadt. Pesquisa de Jurisprudência. Órgão Julgador: 1ª Turma Recursal. Julgamento em: 19/06/2015. Publicação em: 26/05/2015. Disponível em: < <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do> > Acesso em: 28 de junho de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível Nº 71001264100. Primeira Turma Recursal Cível. Turmas Recursais. Relator: Heleno Tregnago Saraiva. Pesquisa de Jurisprudência. Julgado em 26/07/2007. Disponível em: <http://m.tjrs.jus.br/#form_jurisprudencia> Acesso em: 28 de junho de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em: 28 de junho de 2020.

BULOS, Jaime Leandro. **Dano social e reparação civil no processo coletivo**. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil: volume 7**. 20. ed. ver. e atual. de acordo com o novo código civil (lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e o Projeto de Lei nº 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006.

GASTALDI, Suzana. Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos: conceito e diferenciação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 120, jan 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14164>. Acesso em: 16 de junho 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil**. 11ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2016. vol 4.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOTTA, Renata. Sociologia de risco: globalizando a modernidade reflexiva. In: **Sociologias**, Porto Alegre, ano 11, nº 22, jul./dez. 2009, p. 384-396. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/soc/n22/n22a15.pdf> >. Acesso em 18 de junho de 2020.

OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. Considerações sobre os direitos transindividuais. **Cognitio Juris**, João Pessoa, Ano I, Número 2, agosto 2011. Disponível em <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/06.html>>. Acesso em: 12 de junho de 2020.

RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 623 p.
ROSENVALD, Nelson. **As funções sociais da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Flávio Murilo Tartuce. Reflexões sobre o dano social. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 59, nov 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537>. Acesso em abr 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013. volume único.

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

Recebido – 14/08/2020
Aprovado – 22/04/2021