



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Dano Social-

Uma visão tripartida da teoria da reparação do dano no âmbito cível como mecanismo de efetividade da tutela jurisdicional nas demandas recorrentes.

CRISTIANA CAMPOS MAMEDE MAIA

Rio de Janeiro
2016

CRISTIANA CAMPOS MAMEDE MAIA

Dano Social-
Uma visão tripartida da teoria da reparação do dano no âmbito cível como mecanismo de efetividade da tutela jurisdicional nas demandas recorrentes.

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

**DANO SOCIAL:
UMA VISÃO TRIPARTIDA DA TEORIA DA REPARAÇÃO DO DANO NO ÂMBITO
CÍVEL COMO MECANISMO DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL
NAS DEMANDAS RECORRENTES.**

Cristiana Campos Mamede Maia

Graduada pela Universidade Candido Mendes-Ipanema. Pós-graduada em Processo Civil pela, IAVM-UCAM e em Direito do Estado e Regulação pela Fundação Getúlio Vargas - FGV.

Resumo: Com a massificação das relações humanas, alguns ilícitos passaram a ser recorrentes, incentivando a criação da teoria americana dos *punitives damages*, que por sua vez deu origem a função pedagógica da indenização. Porém, com o baixo valor das indenizações devido a diversas limitações impostas pela jurisprudência pátria levaram a inócua aplicação da chamada função punitivo-pedagógica do dano moral, afrontando novamente a vítima e beneficiando o ofensor habitual. É neste ponto que nasce a necessidade de criar novos meios de reparação que permitam coibir a repetição de tais ilícitos, como o PL 3880/2012 que traz a teoria do Dano Social. A essência deste trabalho é abordar a clássica classificação das indenizações por danos, bem como sugerir uma nova classificação a fim de solucionar a celeuma presente na ineficácia das decisões judiciais no âmbito das tutelas recorrentes.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Processual Civil. Responsabilidade Civil. Ações Repetitivas. Indenização. Dano Moral. Função Punitiva Pedagógica. Dano Coletivo. Dano Social. Efetividade.

Sumário: Introdução. 1. As diferentes funções da Reparação Civil. 2. A massificação das questões sociais e a ineficiência das condenações por Dano Moral 3. O nascimento do Dano Social como forma de efetivação das tutelas jurisdicionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática do *quantum* indenizatório correlacionando-o com a efetividade das decisões judiciais no âmbito das ações de temática recorrente no judiciário brasileiro frente à massificação das relações sociais.

O presente estudo buscou analisar a estrutura clássica do sistema indenizatório brasileiro, em que o histórico jurisprudencial demonstra que o medo do enriquecimento sem causa baliza o *quantum* indenizatório tolhendo os objetivos precípuos da função punitiva pedagógica do ressarcimento.

A presente discussão é relevante por abordar um aspecto importante da decisão judicial, a sua efetividade, sendo especialmente relevante nos casos recorrentes das relações sociais massificadas. Outrossim, o tema é cada vez mais presente na doutrina e ganha especial relevo com a aprovação na CCJ do Projeto de Lei da Câmara nº 3880 de 2012, que institui o Ressarcimento por Dano Social.

O presente estudo visa a explicar e divulgar a ideia de Dano Social espelhada no PL 3880/2012, trazendo-o como sugestão de solução para problemática da reincidência dos ilícitos, nascidos da massificação das relações sociais, e vista tornar factível a aplicação das três funções da reparação do Dano classicamente defendidas nos tribunais pátrios - o aspecto compensador; o aspecto reparador e o aspecto pedagógico da reparação civil-, a fim de mitigar o *déficit* de efetividade das decisões judiciais proferidas especialmente no âmbito cível consumerista das ações individual.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: as diferentes espécies de ressarcimento por dano; a problemática da massificação das relações sociais e a falta de aplicação da função punitiva pedagógica do dano moral; o dano social como quarto tipo de ressarcimento por danos e seus aspectos distintivos na solução dos litígios massificados; a compatibilização do dano social aos princípios processuais constitucionais e aos dispositivos legais vigentes.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa, parcialmente exploratória e parcialmente descritiva.

1. AS DIFERENTES FUNÇÕES DA REPARAÇÃO CIVIL

No direito brasileiro, o dano é elemento indispensável à responsabilidade civil, visto a influência do Direito francês, pela célebre fórmula de Henri Lalou “*pas de préjudice, pas de responsabilité civile*”¹. Ou seja, a existência de dano está intimamente ligada à existência de uma antijuricidade², sendo necessária a existência de instrumentos hábeis à satisfação do lesado³, uma vez que a falta de reparação seria uma afronta ao artigo 05º, X da Constituição da república Federativa do Brasil- CRFB: “Art. 05º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Nesse sentido, o dano se configura como sendo a agressão ou a violação de um direito, seja esse material ou imaterial, que venha a causar dano a outrem, seja por dolo ou culpa, gerando uma diminuição do valor do bem juridicamente protegido.

O art. 944⁴, do Código Civil Brasileiro, estabelece o princípio da *restitutio in integrum*, isso é, a necessidade de quantificar a indenização pela extensão do dano sofrido visando a sua integral reparação, recompondo o patrimônio da vítima ao estado em que se encontrava antes da lesão ou ressarcindo-a pelos danos sofridos, no intuito de atender ao comando constitucional previsto no artigo 5º, inciso V⁵ da CRFB, que exige a reparação integral do dano.

¹LALOU, Henri *Apud* SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 100.

²MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral Problemática do Cabimento à fixação do Quantum*. São Paulo: Atlas, 2011, p.55.

³SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*, Salvador: JusPODIVM, 2015, p.62.

⁴BRASIL *Código Civil*. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁵BRASIL *Constituição Federal*. Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)V - é assegurado o direito de resposta,

Todavia, o arbitramento dos valores pelo judiciário, no campo do ressarcimento a danos morais, fixou-se na premissa de evitar a qualquer custo que a reparação viesse a superar o dano sofrido e enriquecer a vítima, o que levou à criação do mantra jurídico de que o valor arbitrado deve ser condizente com a situação econômica do lesado, limitando a análise das condições econômicas do lesante e anulando a aplicação da função punitiva pedagógica do Dano Moral.

A manutenção das clássicas funções da reparação do dano moral somadas a forma de arbitramento da reparação aos danos morais, acaba por incentivar a manutenção e reiteração do ilícito pelo causador do dano, gerando o enriquecimento sem causa do lesador, que por consequência atinge indiretamente toda a sociedade ao aumentar a insegurança e a desmoralização do judiciário brasileiro.

Marinoni⁶ sustenta que o direito a uma prestação jurisdicional efetiva é direito fundamental insculpido no princípio do acesso à justiça e no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB⁷. Desse modo, o autor atribui à efetividade dois sentidos: em sentido estrito, seria “o direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial”⁸. E em sentido lato, seria a tutela jurisdicional tempestiva e preventiva.

Como direito fundamental, a efetividade exige a existência de meios adequados que permitam ao Poder Judiciário identificar as pretensões legítimas que merecem a tutela estatal e a sua eficaz proteção.

Historicamente convencionou-se a existência de dois tipos indenizatórios por danos⁹, sendo identificados pela origem de suas causas, quais sejam: o dano material, para tratar do

proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessado em 20 de março de 2016;

⁶MARINONI. *Em defesa dos direitos fundamentais*. In: DUARTE, F. C. (Coord.). *Tutela de urgência e risco*. Curitiba: Juruá, 2005, p.74-75.

⁷BRASIL, *Constituição Federal*. “Art. 5º, inciso XXXV, da CRFB - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessado em 20 de março de 2016;

⁸MARINONI *apud* DUARTE. op. cit., p.82.

⁹As expressões Dano estético, Dano Moral e Dano Material são utilizadas para identificar as formas de ressarcimento por ilícitos, não sendo propriamente um “dano”.

ressarcimento ao patrimônio quantificado do lesado, em regra, passível de quantificação matemática; o dano moral, constitucionalmente consagrado na Constituição Brasileira de 1988, quando se passou a assumir a possibilidade de se ressarcir os prejuízos sofridos pelo patrimônio imaterial da vítima.

A fim de fortalecer as indenizações e reparações dos chamados danos estéticos, a jurisprudência brasileira passou a defender a existência de um terceiro tipo de ressarcimento de dano: o dano estético, de caráter não patrimonial e autônomo frente ao dano moral, que nas palavras de Tereza Ancona Lopez¹⁰, pode ser conceituado como sendo o ressarcimento a: “qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um ‘enfeimento’ e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral”.

Apesar da distinção feita pela jurisprudência pátria no sentido de afirmar a autonomia do dano estético para fins de ressarcimento, ousamos afirmar que este seria o clássico ressarcimento por dano moral agravado pela permanência da situação danosa, e retirado da seara do dano moral a fim de ver efetivada sua tutela.

2. A MASSIFICAÇÃO DAS QUESTÕES SOCIAIS E A INEFICIÊNCIA DAS CONDENAÇÕES POR DANO MORAL

A massificação das relações sociais somada a crescente globalização, alterou a teoria clássica da responsabilidade civil, passando a atribuir ao dano moral um segundo papel distinto do caráter compensatório¹¹: a chamada função punitivo pedagógica ou dissuasiva da

¹⁰LOPEZ, Tereza Ancona. *O Dano Estético*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2004, p. 46.

¹¹“[...] quando a vítima reclama a reparação pecuniária de Dano Moral, esta está em verdade requerendo que lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, sua dor e não a estipulação de um preço para esta, posto que a dor e o

indenização¹², nascida da tentativa de incorporar ao direito brasileiro o instituto do direito americano dos *punitive damages*, com o intuito de desestimular o ofensor à repetição do ato ilícito praticado¹³.

No Brasil, com a aproximação do judiciário da população através das chamadas “Ondas de Acesso à Justiça” defendida por Capelletti¹⁴, viu-se desmoronar as antigas barreiras processuais existentes, assegurando a extensa camada da população, antes marginalizada, o efetivo acesso ao Poder Judiciário como meio de solução de conflitos, bem como a flexibilização dos conceitos de dano e a sensibilização dos tribunais as tutelas de aspectos existenciais da personalidade merecedores de proteção, impulsionaram o aumento de demandas referente aos “novos danos” nos tribunais, o que resultou no abarrotamento do poder judiciário, e contribuiu para um aumento significativo do medo generalizado da chamada Indústria do Dano.

Apesar de prevalece na jurisprudência brasileiras o entendimento de que a indenização pelo Dano Moral possui essa dupla função¹⁵, na tentativa de regular a forma de valoração das indenizações por danos morais, os tribunais brasileiros passaram a adotar quatro critérios restritivos para sua aplicação, quais sejam: a gravidade do dano; a capacidade econômico-social da vítima; o grau de culpa do ofensor- que pode ser exprimido pela obtenção de lucro com ato ilícito e as circunstâncias fáticas em que se deu o dano¹⁶; e por fim,

sofrimento humano jamais poderão ser ressarcidos ou compensados integralmente.”- MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral Problemática do Cabimento à fixação do Quantum*. São Paulo: Atlas, 2011, p.12.

¹²SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 203 a 204.

¹³MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral Problemática do Cabimento à fixação do Quantum*. São Paulo: Atlas, 2011, p.109 a 110

¹⁴CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

¹⁵ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e Indenização Punitiva- Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.151.

¹⁶O autor defende que essa análise deve ser feita com cautela sendo avaliado se o dano foi “decorrente da imprudência ou negligencia grosseira”, em que o agente atua como “grosseira falta de cautela”, devendo todos esses critérios serem sopesados sob o crivo da razoabilidade e da proporcionalidade. CAVALIERI FILHO, *op. cit.* p.57.

a capacidade econômico-social do ofensor, tudo sopesado à luz dos critérios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Todavia, a aplicação exacerbada dos parâmetros limitadores do *quantum* indenizatório resultou no efeito inverso do que se propunha a função punitiva pedagógica do Dano Moral, o que em uma análise macro, curiosamente acarreta na afronta ao próprio dispositivo legal que veda o enriquecimento sem causa, uma vez que o artigo 884 do Código Civil¹⁷ ao dispor que “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido”, não limita o polo para sua aplicação, demonstrando um olhar do direito tanto para a vítima como para o ofensor e não apenas para a capacidade econômica da vítima, sem observar o poder econômico do ofensor:

O valor dos danos morais, de seu turno, como tenho assinalado em diversas oportunidades, deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, não deixando de observar, outrossim, a natureza punitiva e disciplinadora da indenização”. (STJ, 4ª Turma. Resp nº. 389.879-MG, j.16/04/2002).

0260072-15.2010.8.19.0001 - APELACAO 1ª Ementa DES. TERESA CASTRO NEVES - Julgamento: 06/07/2011 - SEXTA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. PARCELAS A SEREM DESCONTADAS NO CONTRACHEQUE. QUITAÇÃO TOTAL. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA APÓS O PAGAMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO.1- Não obstante o pagamento de todo o contrato das parcelas do empréstimo, o nome do consumidor foi encaminhado para os cadastros restritivos de crédito. 2- Responsabilidade objetiva contratual do Réu. 3- O negócio firmado pelo Órgão Pagador e a Instituição Financeira é estranho à relação jurídica discutida, não podendo ser repassado ao consumidor o ônus de responder por uma possível falha de terceiro. 4-Risco do empreendimento. 5- Ofensa a dignidade da pessoa humana. 6- Prejuízo para o sustento do Autor, art. 1º, caput e art. 5º, X da Constituição da República. 7- Falha na prestação de serviço incidência do 14, § 1º, inciso II do C.D.C. 8- Dano Moral configurado. 9- Quantum indenizatório fixado em R\$7.000,00 (sete mil reais). 10- Manutenção do valor que atende ao caráter punitivo pedagógico, aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além de está de acordo com os valores praticados por esta Corte em caso semelhantes. 11- Nome do consumidor permaneceu por mais de dois anos no rol dos maus pagadores, por contrato devidamente quitado. 12- NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS, na forma do art. 557, caput do CPC.

¹⁷BRASIL *Código Civil*. Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 de março de 2016.

Assim, tem-se evidente que as condenações proferidas no âmbito das relações massificadas, sem a observância do poder econômico do ofensor, não possuem o condão de mudar a realidade, servindo apenas para aniquilar o caráter pedagógico defendido abstratamente nas sentenças.

A preocupação com a chamada Indústria do Dano, não condiz com realidade das indenizações brasileiras, que tendem a ser no mínimo irrisórias perante os grandes causadores de danos, principalmente na ceara consumerista no qual os ilícitos recorrentes são mais comuns e as condenações em danos morais são mais frustrantes que efetivamente enriquecedoras, sendo notório o alto índice de reincidência¹⁸ dos ilícitos nas relações massificadas:

0006312-16.2007.8.19.0204 - APELACAO 1ª Ementa DES. RONALDO ROCHA PASSOS - Julgamento: 08/08/2011 - TERCEIRA CAMARA CIVEL – EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA. AUTORA QUE AFIRMA HAVER ADQUIRIDO SUA LINHA TELEFÔNICA DIANTE DE UMA OFERTA DA RÉ, TELEMAR, POR PREPOSTO EM VIA PÚBLICA, COM EXIGÊNCIA DE APENAS IDENTIDADE E CPF, SENDO QUE, COM APENAS QUATRO MESES DE USO, A LINHA FOI BLOQUEADA, SEM AVISO PRÉVIO E QUALQUER INADIMPLEMENTO, SOB O ARGUMENTO DE FALTA DA DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA, CONCLUINDO-SE PELA CONFIGURAÇÃO DE PROPAGANDA ENGANOSA, O QUE LHE CAUSOU ENORME PREJUÍZO, JÁ QUE UTILIZA A LINHA PARA CONTATOS DE TRABALHO. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA RÉ. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CULPA. ATO ILÍCITO, DANO E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS. DESCUMPRIMENTO PELA RÉ QUANTO À NECESSIDADE DA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA SOBRE O BLOQUEIO DA LINHA E A OBRIGATORIEDADE DOS DOCUMENTOS, BEM COMO DEMORA NA REATIVAÇÃO DA MESMA. EVASIVAS PARA JUSTIFICAR O DESCUMPRIMENTO. TOTAL DESCONSIDERAÇÃO COM A CONSUMIDORA. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCE-DENTE O PEDIDO. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM VALOR QUE SE COADUNA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, EM RESPEITO AO CARÁTER PREVENTIVO-PEDAGÓGICO DA SANÇÃO E TENDO EM VISTA O POTENCIAL ECONÔMICO DA EMPRESA RÉ. SENTENÇA QUE DEVE SER REFORMADA APENAS NO TOCANTE AO TERMO INICIAL DA INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS. RELAÇÃO CONTRATUAL. APLICAÇÃO DO ART. 405 DO CÓDIGO CIVIL. JUROS QUE SE CONTAM DESDE A CITAÇÃO INICIAL. MATÉRIA DISCUTIDA NOS AUTOS QUE SE ENCONTRA PACIFICADA NA JURISPRUDÊNCIA DESTE E.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0006312-16.2007.8.19.0204. Relatora: Des. Ronaldo Rocha Passos. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00031A8115980C1294670A643DE108335D3708C4030B3315&USER=>>>. Acessado em: 17 de março de 2016.

TRIBUNAL.RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, NOS TERMOS DO ART. 557, § 1º-A, DO CPC, REFORMAN-DO-SE PARCIALMENTE A SENTENÇA PARA DETERMINAR O TERMO A QUO DA INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA CITAÇÃO VÁLIDA.

É verdade que não se pode avaliar precisamente qual seria a proporção ideal e qual seria a extensão da lesão, mas o que ocorre na prática é o arbitramento de tais valores pelo judiciário, sempre seguindo os critérios no qual o valor arbitrado deve ser condizente com a situação do lesado, esquecendo-se, muitas vezes, de analisar as condições do lesante, o que resulta em condenações tímidas e ineficazes, visto a subjetividade dos critérios empregados no arbitramento.

A jurisprudência brasileira, ao prever a aplicação de um duplo caráter a um único instituto, distanciou-se do modelo norte-americano que distingue e separa essas funções nos institutos do *compensatory damage* e do *punitive damages*¹⁹. Porém, essa unificação no instituto do dano moral acabou por limar o caráter pedagógico, posto que na prática a aplicação e o arbitramento do montante a título de danos morais são irrisórios frente ao poder aquisitivo do ofensor.

Isso acarretou na necessidade de uma maior “criatividade judicial” por parte dos tribunais na tentativa de acompanhar a necessária evolução da responsabilidade civil, hoje influenciada pela “dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva (...), enquanto a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais²⁰”.

Porém, a doutrina e a jurisprudência têm falhado na elaboração dogmática de novos critérios de responsabilidade civil, não conseguindo acalmar os anseios da sociedade, o que incentivou o apelo ao legislativo, no intuito de trazer ao direito brasileiro a efetivação da aplicação do caráter punitivo-pedagógico às reparações civis. Neste sentido temos o projeto

¹⁹ ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e Indenização Punitiva- Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.204-205.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p, 194.

projeto de Lei nº 6.960/2002, do deputado Ricardo Fiúza, que previa a inclusão de um parágrafo ao artigo 944 do citado diploma legal, consagrando expressamente a indenização punitiva do Dano Moral:

§2º A reparação do Dano Moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Justifica: (...) Ao juiz devem ser conferidos amplos poderes, tanto na definição da forma como da extensão da reparação cabível, mas certos parâmetros devem servir-lhe de norte firme e seguro, sendo estabelecidos em lei, inclusive para que se evite, definitivamente, o estabelecimento de indenizações simbólicas, que nada compensam à vítima e somente servem de estímulo ao agressor.

E ainda o Projeto de Lei nº 3880/2012²¹, do deputado Domingues, que aparte a função punitiva-pedagógica das reparações civis, ao prever a criação e inclusão na sistemática brasileira do chamado Dano Social.

3. O NASCIMENTO DO DANO SOCIAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DAS TUTELAS JURISDICIONAIS

O art. 5º, V e X, da CRFB²² adota reparação integral do dano, seja ele patrimonial ou moral. Neste sentido, ANDRADE destaca que a aplicação da função punitivo-pedagógica de forma apartada da função ressarcitória do dano moral, desempenharia um papel de grande relevância social, ao impedir o lucro ilícito do ofensor:

A indenização compensatória, conquanto tenha aptidão para consolar ou compensar a vítima não se preocupa em eliminar a possível vantagem obtida

²¹BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 3880/2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544869>>. Acessado em 27 de fevereiro de 2016.

²² BRASIL *Constituição Federal*. “Art. 5º CRFB- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessado em 20 de março de 2016;

pelo ofensor com a prática do ato ilícito, o que transforma alguns atos lesivos em um “bom negócio” do ponto de vista econômico.²³

A indenização punitiva, neste aspecto, agiria como um instituto de restituição do enriquecimento sem causa, podendo ser fundamentado no artigo 884²⁴ do Código Civil brasileiro, sem a necessidade de qualquer acréscimo na letra de lei, uma vez que a ocorrência de um ilícito não atinge somente a esfera da vítima, que será ressarcida, mas de toda a sociedade, que fica sem ressarcimento, e muitas vezes na iminência de que esse ilícito venha a se repetir com novas vítimas.

Cavaliere²⁵, dentre outros doutrinadores, acredita que o dano moral não pode ser, em hipótese alguma, fonte de lucro:

[...] na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e Dano Moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. (...) o juiz, ao valorar o Dano Moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

Porém, deve-se lembrar que “a lesão a qualquer bem da vida empobrece a sociedade em seu conjunto, sem que isso seja necessariamente evitado pela translação dos custos entre os integrantes da sociedade²⁶”. Ou seja, a limitação desarrazoada do caráter punitivo-pedagógico do Dano Moral, sob o argumento de que a aplicação equânime causaria o “enriquecimento sem causa” da vítima, acabam por gerar o “enriquecimento sem causa” do lesador, que ao ser beneficiado continua a cometer o mesmo ilícito gerando um empobrecimento de toda a sociedade, além de trazer a insegurança e a desmoralização ao sistema judiciário brasileiro.

²³ ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.246-248.

²⁴ BRASIL *Código Civil*. Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 de março de 2016.

²⁵ CAVALIERI FILHO, *op. cit.* p.130.

²⁶ ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.245.

O art. 944²⁷ do Código Civil brasileiro estabelece a necessidade de quantificar a indenização pela extensão do dano sofrido. Tal dispositivo legal consagra o princípio da *restitutio in integrum*, pelo qual o dano deve ser integralmente reparado, com a reposição da vítima ao estado em que se encontrava antes da lesão ou, em não sendo possível a restauração da situação anterior, através de um equivalente monetário.

A restauração do *status quo* anterior seria o ideal para a Responsabilidade Civil moderna, ocorre que com a volatilidade das relações e dos bens humanos, é quase certo que na maioria das vezes a restauração torna-se impossível, de forma que as compensações patrimoniais são, na prática, as mais usadas como meio de reparação por ato ilícito, pois estas satisfazem, na maior parte dos casos, de forma mais plena os anseios da vítima. Porém, no Estado Brasileiro, o valor dessas indenizações monetárias por danos, especialmente o Dano Moral, é, em geral, baixo.

O baixo valor atribuído às indenizações acaba por ferir a vítima mais uma vez, que se sente ultrajada, como se sua dignidade não merecesse a devida proteção estatal frente a postura de alguns ofensores habituais e seus representantes, que preferem pagar uma indenização do que mudar seus hábitos danosos á sociedade.

Para solucionar a celeuma aqui apresentada, o melhor critério a ser adotado seria a aplicação de uma indenização com suas funções separadas, colocando a função punitivo-pedagógica como uma quarta espécie autônomas de ressarcimento de dano dos demais. Assim a teoria indenizatória do dano poderia ser repartida em quatro espécies: 1- indenização por dano moral, que visa compensar os danos causados ao patrimônio imaterial do lesado; 2- indenização por dano material, sendo aquela passível de ressarcir o patrimônio material do lesado ao status quo anterior ao ilícito praticado; 3- indenização por dano estético, quando o dano causado à integridade física gerar um abalo permanente; 4- e a indenização por dano

²⁷ BRASIL *Código Civil*. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 de março de 2016.

social, sendo aquela que visa compensar a sociedade pelo dano causado a esta na ocorrência de um ilícito recorrentemente cometido, tendo como escopo básico o desestímulo à reincidência do ilícito perante a sociedade que o desaprova.

O chamado Dano Social seria o dano auferido por toda a sociedade, pelo cometimento reiterado de um ato ilícito que acarreta no movimento abusivo da máquina jurídica, passível de ser indenizado, uma vez que a reiteração do ilícito gera a transcendência do dano da esfera pessoal do ofendido, vindo a atingir a esfera social, que conforme os preceitos legais estampados nos artigos 186²⁸, 187²⁹ e 944³⁰ do CC c/c 5º, X³¹ da CRFB também merece ser indenizado.

O Dano Social trata de um ressarcimento à própria sociedade, podendo o ressarcimento ser pleiteado por quaisquer dos lesados em concreto, seja em ação individual que vise ressarcir os danos que atingiram a esfera do pleiteante, como em ação coletiva.

Didier³² divide a legitimidade em ordinária e extraordinária. A primeira ocorre quando há coincidência entre a legitimação de direito material e a legitimidade para estar em juízo. Essa é a regra geral prevista no artigo 6º do CPC/73³³ e artigo 18 do CPC/2015³⁴, e

²⁸ BRASIL *Código Civil*. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 de março de 2016.

²⁹ BRASIL *Código Civil*. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 de março de 2016.

³⁰ BRASIL *Código Civil*. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 de março de 2016.

³¹ BRASIL *Constituição*. Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] X. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 de março de 2016.

³² DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 11ª Edição. P. 185/186. Editora Juspodivm. Salvador. 2010.

³³ BRASIL *Código de Processo Civil*. Art. 6. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 17 de março de 2016.

³⁴ BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Art. 18 Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Disponível

caracteriza tradicionalmente as ações de interesses individuais, onde o próprio lesado defende os seus interesses que foram afetados.

O PL3880/2012³⁵ veio no intuito de estabelecer a legitimidade extraordinária das partes para pleitear a indenização por dano social juntamente com os demais tipos de indenizações, visto que estaria pleiteando em seu nome um direito que é inerente a toda a sociedade, podendo ainda afirmar que tratar-se-ia de presentatividade do indivíduo frente a sociedade, uma vez que esse indivíduo encontra-se inserido na própria sociedade. Deste modo ter-se-ia um caráter difuso da proteção social, onde o lesado poderia pleitear não só o ressarcimento para si mesmo como também para a própria sociedade sem prejuízo de eventual tutela coletiva, o que, nesse caso, ocorreria a chamada continência das ações, bem como a aplicação do artigo 94 do CDC³⁶, quando necessário, levando a extinção deste pedido inserido na ação individual, distinguindo-se neste ponto das tutelas coletivas.

O novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2016³⁷, com base no direito comparado e nas *Class Acts* do direito britânico, trouxe no artigo 333 - vetado pela Presidente da República - a possibilidade de conversão das ações individuais em ações coletivas, como sugestão de solução para as demandas recorrentes.

No mesmo sentido, o PL 3880/2012³⁸ tomou por base o direito comparado, e o caso canadense *Whiten v. Pilot Insurance Co*³⁹, no qual a Suprema Corte do Canadá indica

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 17 de março de 2016.

³⁵BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 3880/2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544869>>. Acessado em 27 de fevereiro de 2016.

³⁶BRASIL *Código de Defesa do Consumidor*. Art. 94 Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 de março de 2016.

³⁷BRASIL *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 17 de março de 2016.

³⁸BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 3880/2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544869>>. Acessado em 27 de fevereiro de 2016.

³⁹CANADA. Supreme Court. *Case n. 27229/2002*. Judge McLachlin, Beverley. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1956/index.do>>. Acessado em: 17 de março de 2016.

alguns princípios que servem de orientação para o valor a ser arbitrado a título de Dano Social.

O primeiro ponto destacado pela corte canadense no referido julgado é a necessidade de se ter em mente a natureza excepcional da aplicação dos *punitive damages* originários, que apenas deve ser imposto nos casos de arrogância, malícia, arbitrariedade ou conduta altamente reprovável do agente, evitando a banalização do instituto como ocorreu com o instituto do dano moral no Brasil⁴⁰.

O segundo ponto refere-se à necessidade do *quantum* indenizatório que deverá ser proporcional ao grau de reprovabilidade do ato lesivo, devendo ser considerado o grau de vulnerabilidade da vítima, e a vantagem ou proveito obtido pelo agente no atuar ilícito, bem como o poder econômico do ofensor e o efeito multiplicador das demandas.

Por fim, para evitar-se a temerária “indústria do dano”, na aplicação do chamado Dano Social, o PL3880/2012⁴¹ prevê que o montante fixado a este título deverá ser revertido para a própria sociedade, não integrando o patrimônio do lesado individualmente, mas sim ao patrimônio social, sendo destinado a um fundo estatual específico de finalidade vinculada a ser definida em lei estadual.

Na esteira da hipótese acima levantada, será mister uma reforma do pensamento jurídico Brasileiro para que se possa atingir uma maior celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Essa reforma no pensamento jurídico já está ocorrendo aos poucos, com a

⁴⁰ CONJUR. *Justiça faz esforço para não alimentar indústria do dano moral*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-08/justica-faz-esforco-nao-alimentar-industria-dano-moral>>. Acessado em 27 de fevereiro de 2016.

⁴¹BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 3880/2012*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544869>>. Acessado em 27 de fevereiro de 2016.

propositura dos Projetos de Lei 3880/2012⁴² e 568/2015⁴³, em tramite na Câmara dos Deputados.

⁴²BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 3880/2012*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544869>>. Acessado em 27 de fevereiro de 2016.

⁴³BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 568/2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=961689>>. Acessado em 27 de fevereiro de 2016.

CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar com o presente artigo que, a função pedagógica da indenização não deve ser relegada a um segundo plano, sendo instrumento necessário para atender os preceitos constitucionais da proporcionalidade do quantum indenizatório frente ao dano causado, sendo possível a atuação do juiz ser balizada pelos princípios constitucionais e legais sem gerar enriquecimento desproporcional a qualquer das partes.

O remédio contra ações infundadas e abusivas que busquem especular com o instituto do Dano Moral deve ser construído através de uma aplicação mais rigorosa das normas que tratam da litigância de má-fé, com a imposição das respectivas sanções até mesmo de ofício, como permite os artigos 16 e 18 do CPC, e o desenvolvimento de uma jurisprudência firme, que rejeite as pretensões desarrazoadas, bem como uma melhor análise do caso concreto, para que com o sistemático não acolhimento de postulações dessa índole desestimore os aventureiros acarretando em uma vertente diminuição de tais demandas.

Não se pode justificar um ilícito por outro, como não se pode justificar uma inércia judiciária baseada no fantasma doutrinário da chamada indústria do dano. O caráter dissuasivo-punitivo do dano moral perde completamente sua função frente a um judiciário temeroso, e inexpressivo que insiste em manter as condenações em valores relativamente baixos para o causador do ato lesivo, escondendo-se atrás da desculpa de que qualquer condenação mais expressiva viria a incentivar a chamada indústria do dano moral. Tal atitude só serve por incentivar a manutenção do comportamento danoso, visto que este passa a ser muito mais lucrativo do que se prontificar a evitar futuros ilícitos.

Não compete ao juiz, em sua atuação funcional, tentar corrigir todos os desacertos do mundo, mas deve, quando possível emitir soluções aos problemas sócias e não meras sentenças sem qualquer força efetiva.

A teoria do Dano Social expressa no PL3880/2012, e aqui apresentada, agasalha-se na interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, atendendo efetivamente a aclamada função punitivo-pedagógica das indenizações além de dissuadir os ilícitos reiterados, sem, contudo, gerar o temido enriquecimento sem causa e trazer maior eficácia as sentenças, auxiliando o judiciário a retirar-se do ciclo vicioso de condenações rotineiras e ineficazes frente o poder econômico de infratores recorrentes.

Ademais, sabe-se que a aplicação da proposta de criação do dano social trazida pelo PL3880/2012, não deve ser vista como única solução para os problemas da efetividade das sentenças no judiciário pátrio, mas apenas um meio disponível para se buscar a máxima efetividade da atividade jurisdicional, que é direito fundamental de todos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDREWS, Neil, *Multi-party proceedings in England: representative and group actions*. In: Duke. *Journal of Comparative and International Law*, Vol. 11, n.2. Durham: Duke University School of Law. Spring/Summer, 2001. Disponível em: <http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?11+Duke+J.+Comp.+&+Int'l+L.+249>. Acesso em 16 de março 2016.

BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL. *Código de civil, comercial, processo civil e constituição da república*. (Org.) Yussef Said Cahali. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

------. *Código Civil. Lei n.º 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Lex: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 de março. 2016.

------. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Lex: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 de março 2016.

------. *Lei n.º 5.869, de 11 jan. 1979*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada>. Acesso em: 20 de março 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. 23 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

------, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 3. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of The United States*. New York: Oceana, 1996.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KIONKA, Edward J. *Torts*. EUA: West, 2005.

MAIA, Cristiana. C. M. *Quem tem medo do Dano Moral? - O nascimento do Dano Social*. 2011. 140f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2011.

MARTINEZ, Luciano. *A efetividade sob a perspectiva da coletivização do processo do trabalho*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (ISSN: 2177-0034). Porto Velho: TRT da 14ª Região, 2010, p. 193-215, disponível em http://www.trt14.jus.br/Documentos/Revista_TRT14_01_2010.pdf. Publicação em outubro/2010. Acesso em: 20 de março 2016.

-----, Luciano. *O Dano Moral Social no âmbito trabalhista*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (ISSN: 2177-0034). Porto Velho: TRT da 14ª Região, 2009, p. 553-572, disponível em: http://www.trt14.jus.br/Documentos/Revista_TRT14_2010_n2.pdf. Publicação em outubro/2009. Acesso em: 20 de março 2016.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral Problemática do Cabimento à fixação do Quantum*. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de Processo Civil*. V. 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, S. S. *Direito Civil: Parte Geral*. V. 1. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Contratos em Espécie*. v. III. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. IV. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.