



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da Possibilidade de Fixação de Indenização por Dano Social nas Ações Individuais no
Âmbito do Direito do Consumidor

Karen Calábria Alves

Rio de Janeiro
2016

KAREN CALABRIA ALVES

**Da Possibilidade de Fixação de Indenização por Dano Social nas Ações Individuais no
Âmbito do Direito do Consumidor**

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 C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2016

DA POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL NAS AÇÕES INDIVIDUAIS NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Karen Calábria Alves
Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense. Advogada.
Pós-Graduada em Direito Público pela
Universidade Gama Filho.

Resumo: O presente estudo pretende trazer reflexões sobre a necessidade e possibilidade de indenização por dano social nas relações de consumo, os legitimados para pleiteá-la, critérios de fixação e destinação dos valores, diante das práticas reiteradas de condutas socialmente reprováveis por parte de grandes empresas.

Palavras-chave: Direito Consumidor. Direito Civil. Dano Moral Social. Indenização. Ações Individuais.

Sumário: Introdução. 1. Conceito e Panorama Social. 2. Necessidade e Viabilidade da Indenização por Dano Social 3. Indenização por Dano Social: Reparação, Parâmetros e Destinação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo discute a possibilidade de indenização por dano social nas ações individuais, notadamente no âmbito das relações de consumo.

Com base no princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, o trabalho busca demonstrar a necessidade de reparação dessa natureza, no intuito de reprimir e punir comportamentos socialmente indesejados, que acarretam queda na qualidade de vida da população, além de um sentimento coletivo de insatisfação e desrespeito.

Nessa esteira, ainda que o tema esteja afeto ao Direito Consumidor e ao Direito Civil, é necessária uma leitura do instituto da responsabilidade sob a ótica do direito privado constitucional.

Para tanto, serão abordadas doutrina e jurisprudência a respeito do tema.

Para o Superior Tribunal de Justiça, o dano social só deve ser estipulado em ações coletivas. Apesar dessa orientação, este trabalho irá analisar a possibilidade de indenização com fundamento no dano social, sobretudo nas ações individuais, cujo principal fundamento é a reiteração de comportamento inadequado de grandes empresas.

No primeiro capítulo, será destacado o conceito de dano social, sua natureza, finalidade e um breve panorama histórico. Modernamente, tendo em vista a ampliação das relações privadas e a horizontalização dos direitos, os conceitos e os princípios constitucionais tornaram-se essenciais para solidificar valores da sociedade. Nesse contexto, o dano social será apresentado como instrumento de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, será analisada a indenização por dano social e sua aplicação nos casos de atos abusivos nas relações de consumo. Quanto à sua viabilidade, será estudado o fundamento jurídico e sua compatibilidade com o ordenamento brasileiro. De modo delimitado, os aspectos do dano social serão tratados no âmbito do direito do consumidor, justificando o balizamento do tema.

Em um terceiro capítulo, será abordada a possibilidade de fixar o dano social nas ações individuais e a destinação dos valores fixados. Uma vez demonstrada a possibilidade do dano social e contextualizado o tema no escopo das relações de consumo, defende-se a admissibilidade da indenização nas ações individuais.

Como metodologia, optou-se pela pesquisa jurisprudencial e bibliográfica de natureza descritiva e qualitativa.

1. CONCEITO E PANORAMA SOCIAL

O dano social é tema estudado em Responsabilidade Civil e surge em um contexto de crescente demanda da sociedade por comportamentos e posturas pautadas no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da CRFB/88)¹.

De acordo com a tendência atual do Direito, o sistema jurídico deve ser considerado uno. Significa que a dicotomia entre o público e o privado passa a dar lugar a uma outra visão: a de que os bens jurídicos tidos como relevantes para a sociedade é que devem nortear todo o conjunto de normas.

Do princípio da dignidade da pessoa humana são extraídos os mais importantes direitos fundamentais que são oponíveis *erga omnes*, em consonância com a tendência identificada.

A intervenção do Estado, tal como apontada, é chamada de horizontalização dos direitos nas relações privadas, evidente alteração na concepção jurídica do Direito segmentado (verticalizado). A esfera das relações privadas não pode ser mais interpretada de forma segregada. Isso permite que os valores fundamentais constitucionais, antes somente oponíveis ao Estado, possam agora guiar as relações privadas.

Nesse contexto, foi editado o Código Civil de 2002², que, seguindo a orientação e valores da Carta Maior, buscou dar diretrizes gerais para orientar a aplicação, produção e interpretação de outras fontes legais e jurisprudenciais.

¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

²BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

Quanto à Responsabilidade Civil, o Código Civil de 2002³ tratou o tema de forma mais aprofundada que o Código de 1916⁴. Seguindo a ótica de constitucionalização das relações privadas, solidificou o dano moral, difundindo seu uso e aplicação.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC⁵) melhorou muito o cenário jurídico brasileiro, conceituando e delimitando direitos e deveres nesse aspecto. Com o advento da Lei 9099/95⁶, o acesso ao judiciário ficou mais popular em razão da simplificação operacional e financeira do exercício do direito de ação. Como resultado, o consumidor ficou mais consciente e passou a reclamar mais por seus direitos nas esferas cotidiana, administrativa e jurídica.

Apesar de todo progresso, tal evolução pode ser considerada inexpressiva diante da quantidade de pessoas atingidas por práticas inadequadas das corporações. Todas as referidas inovações legislativas são menos eficientes quando analisamos seu impacto perante grandes empresas. Apesar de haver inúmeras demandas no judiciário, que tem como objeto os procedimentos lesivos praticados reiteradamente por tais empresas, é financeiramente melhor para elas pagar um grande volume de pequenas indenizações, ao invés de rever seus métodos operacionais lesivos ao consumidor.

No âmbito das relações de consumo são recorrentes os episódios de falha na prestação dos serviços, fornecimento de produtos que não satisfazem ao público e falta de informação. Tal realidade cresce de modo inversamente proporcional ao valor da contraprestação, gerando um sentimento coletivo de insatisfação e desrespeito.

A indenização por dano social surge, assim, como um possível instrumento de

³BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁴BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁵BRASIL. Lei n. 8.078. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 mar 2016.

⁶BRASIL. Lei n. 9.099. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 15 mar 2016.

efetivação do ordenamento jurídico e de justiça social. Quando utilizada com finalidade de punir e educar fornecedores de produtos e prestadores de serviço, tal indenização serve como ferramenta de contenção de condutas socialmente reprováveis por parte dos que violam, sistematicamente, a dignidade dos consumidores. A Responsabilidade Civil e a reparação do dano estão previstas na combinação dos artigos 186, 187, 927 e 404, parágrafo único, todos do Código Civil de 2002⁷.

De modo geral, conceitua-se dano como sendo a lesão causada à pessoa em sua esfera patrimonial ou extrapatrimonial. A lesão pode ser causada à pessoa de forma individual, social, coletiva ou individual homogênea.

No tocante ao dano social, o conceito mais difundido na doutrina e jurisprudência é o de Antônio Junqueira de Azevedo⁸. Para esse autor, o dano social é uma lesão à sociedade, por resultar em degradação do seu nível de vida, em virtude de rebaixamento de seu patrimônio moral e na diminuição na qualidade de vida.

Uma das grandes novidades do Código Civil de 2002 foi o art. 944⁹ que determina que a indenização deva ser mensurada pela extensão do dano. Nos dizeres de Antônio Junqueira de Azevedo, essa limitação contida no art. 944 não impede que o juiz fixe o dano social junto com o patrimonial e o moral.

Tal entendimento é corroborado pelo Enunciado 456, da V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ¹⁰, que reconhece a existência dessa espécie de dano. Segue o verbete: "A expressão 'dano' no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados

⁷BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁸AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁹BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

pelos legitimados para propor ações coletivas".

Portanto, o ato lesivo pode causar dano patrimonial ou extrapatrimonial tanto ao indivíduo, quanto à sociedade, gerando o direito de indenização.

É possível dizer que o dano social é instrumento que tem por finalidade concretizar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e as diretrizes do Código Civil de 2002¹¹. Ao punir e inibir condutas socialmente inadequadas, a indenização com base no dano social, protege e resgata a dignidade da população lesada.

2. NECESSIDADE E VIABILIDADE DA INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL

Reconhecida a existência do dano social como faceta do dano moral e configurado seus elementos e pressupostos, surge a necessidade de elaborar mecanismos de resposta para punir e coibir o comportamento indesejado. A responsabilidade civil é uma das formas de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana e o da boa-fé no âmbito das relações de consumo.

No Brasil, configura-se um cenário claro em que empresas de grande porte, de forma reiterada e em larga escala, violam normas constitucionais como o art. 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana), o art. 5º, XXXII combinado com o art. 170, V (tutela a defesa do consumidor), todos da CRFB/88¹². Há uma banalização da má prestação de serviços e fornecimento de produtos. Uma forçosa naturalização do descaso, praticamente uma formação de um cartel de ineficiência.

É possível constatar a realidade brasileira de flagrante descumprimento da Constituição por meio do levantamento estatístico feito pelo Tribunal de Justiça do Estado do

¹¹BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

¹²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

Rio de Janeiro (TJRJ) e pelo Ministério da Justiça, através do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON). No TJRJ, a pesquisa classificou as trinta empresas com mais demandas judiciais, entre 2012 e 2016, tanto nos Juizados Especiais Cíveis quanto nas Varas Cíveis¹³. Os dados permitem orientar e informar os consumidores sobre fornecedores que são litigantes habituais.

Do trabalho feito pelo Ministério da Justiça resultou o Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas. Trata-se de um banco de dados formado por queixas feitas ao PROCON de cada Estado da Federação¹⁴.

Após a coleta de dados de todo o território nacional, nos anos de 2010 e 2011, foram divulgados estudos detalhados das principais empresas reclamadas e mapeadas as principais queixas por região, seguimento e por problema/assunto. Os números são referentes às reclamações que repercutiram em processos administrativos.

É possível verificar que, do total das reclamações feitas aos PROCONS, uma parte é resolvida de plano, enquanto a outra é convertida em procedimentos administrativos. Dos procedimentos administrativos não resolvidos, um grupo de consumidores não dá seguimento à reclamação e arca com o prejuízo, enquanto apenas uma parte das pessoas leva sua reivindicação ao Poder Judiciário, conforme destacado no Relatório de 2011:

Do total de 153.094 reclamações registradas pelos Procons, 63% das Reclamações Fundamentadas foram atendidas pelos fornecedores e 37% não foram atendidas (...). Chama atenção a proporção de fornecedores que deixaram de atender às reclamações dos consumidores, pois ela revela a incidência da situação em que, mesmo tendo duas ou mais oportunidades de resolver o problema (na tentativa de acordo preliminar e na audiência que, em geral, ocorre no processo administrativo), ainda assim o fornecedor não atende a reclamação do consumidor.¹⁵

Ao cruzar informações do Ministério da Justiça e do TJRJ, verifica-se que a maioria dos nomes das empresas reclamadas são coincidentes, ou seja, o problema se repete sem que

¹³"Top 30 " Lista das empresas Mais Acionadas no TJRJ. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/noticia.jsp>>. Acesso em 15 março de 2016.

¹⁴BRASIL. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas 2010: Relatório Analítico / Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC). – Brasília: DPDC, 2011.

¹⁵Ibid. p. 07.

as empresas alterem suas práticas. Com o passar dos anos, a despeito do esforço do PROCON em solucionar administrativamente os conflitos, o número de processos que chega ao Judiciário (último recurso do consumidor), aumenta ano após ano.

A reflexão permite três conclusões: 1) o consumidor brasileiro está cada vez mais consciente e em busca de seus direitos; 2) as medidas corporativas adotadas por essas empresas são pouco eficientes, até mesmo ineficazes, para melhorar a prestação do serviço e o fornecimento de produtos e 3) pagar a soma dos valores das condenações em demandas judiciais é mais vantajoso economicamente do que investir em mudanças substanciais no *modus operandi* dessas empresas.

Diante desse quadro, o problema merece resposta proporcional à indiferença ao consumidor. Como destacado por Daniel Arthur Quaresma da Costa:

Nas relações de consumo, o aspecto punitivo do dano social é fundamental. Conforme já afirmado, o motivo que movimenta alguns fornecedores à prática do ato abusivo que enseja o dano social é econômico. Enquanto o custo das conseqüências das práticas abusivas for menor que o custo de providências que tenham por objetivo sanar a estrutura que dá origem ao dano social, o problema persistirá.¹⁶

Na prática, que ocorre é a multiplicação de condenações por danos morais, em caráter individual, com valores irrisórios. A análise dos casos de modo isolado, como se fossem uma exceção, não traduz a verdadeira dimensão do problema e minimiza a prática perniciosa de empresas e empresários no mercado.

Mais uma vez, Daniel Arthur Quaresma da Costa esclarece em sua Dissertação:

Se uma empresa aérea vende mais passagens que vagas disponíveis no mesmo voo, ela dificilmente o faz esporadicamente e em casos isolados. Da mesma forma, se o sistema de inscrição de nomes de devedores nos serviços de proteção ao crédito mantido pelas empresas não funciona bem e, por isso mantém ou inclui o nome de quem não deve em seus quadros, esse evento não atinge uma ou outra pessoa isoladamente. Na mesma linha, sabe-se que dificilmente apenas uma instituição financeira, num caso isolado incluiria no contrato de adesão de um de seus clientes uma cláusula que permite à ela reter o valor correspondente ao salário do mesmo para fins de pagar um financiamento contratado entre os dois. Ainda que seja um ou outro caso isolado que chegue às portas do poder judiciário, o jurista não pode

¹⁶COSTA, Daniel Arthur Quaresma da. *Dano Social nas Relações de Consumo*. 2007. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro. 2007, p. 109.

ignorar que a prática, por ser padronizada, tem efeitos muito maiores que os que se apresentam na demanda específica. É preciso desestimular as práticas abusivas¹⁷.

Para tanto, é necessária uma forma efetiva de repreensão que seja capaz de desestimular tal comportamento. Como a questão econômica é a principal razão da política do descaso, é com o mesmo mote que deve ser combatida.

No contexto de identificação de práticas abusivas, o dano social configura-se, portanto, como a possibilidade de se fixar indenização de forma mais justa e adequada. A má conduta deve representar um efetivo prejuízo, conduzindo à conclusão de que é necessário rever a postura indesejada.

Os dispositivos que reconhecem dano social em nosso ordenamento jurídico estão no Código Civil de 2002, nos artigos 186 (reparação do dano moral puro), conjugado com os artigos 402 a 404¹⁸.

Nos dizeres de Flávio Tartuce “(...) a idéia de dano social, como categoria jurídica, além de ser aplicada às condutas socialmente reprováveis, pode surgir para indenizar situações até então não indenizáveis”¹⁹.

O art. 884 do CC/02, que veda o enriquecimento sem causa, juntamente com o art. 944 do CC/02, que afirma que a indenização se mede pela extensão do dano, respaldam o entendimento de que é possível a fixação de indenização por dano social.

Como já mencionado, o Enunciado 456 V da Jornada de Direito Civil do CJF/STJ²⁰, reconheceu que o dano social está contido na expressão “dano” do art. 944 do CC/02.

Uma vez reconhecida a existência dessa espécie de dano, seu fato gerador deve ser rechaçado da sociedade, e, quando detectado, punido de modo proporcional. Ora, não faz

¹⁷Ibid. p. 101.

¹⁸BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

¹⁹SILVA, 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 set 2016.

²⁰Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acesso em: 18 fev 2016.

nenhum sentido o reconhecimento do dano social como categoria de dano moral sem que seja permitido estipular a adequada indenização quando ele for verificado.

No mesmo sentido, leciona Antônio Junqueira de Azevedo:

Portanto, a nossa tese é bem clara: a responsabilidade civil deve impor indenização por danos individuais e por danos sociais. Os danos individuais são os patrimoniais, avaliáveis em dinheiro, - danos emergentes e lucros cessantes -, e os morais, - caracterizados por exclusão e arbitrados como compensação para a dor, para lesões de direito de personalidade e para danos patrimoniais de quantificação precisa impossível. Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral - principalmente a respeito da segurança - quanto por diminuição de sua qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população.²¹

Ou seja, o enriquecimento gerado através de um comportamento indesejado e que atinge a sociedade como um todo dá ensejo à indenização, calculada com base em valores proporcionais ao transtorno social que aquele comportamento acarreta.

Desse modo, a indenização por dano social, notadamente aquele praticado no âmbito do Direito do consumidor, além de não ter impedimento legal, é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Nos dizeres de Flávio Tartuce:

Diante dessa triste realidade contemporânea, parece-nos que a idéia de dano social pode servir para um novo dimensionamento à responsabilidade civil do Estado (no caso do Estado Oficial). Ora, se a responsabilidade civil tem um intuito pedagógico - ou punitivo como querem alguns -, deve trazer impacto àquele que não está fazendo a lição de casa²².

É possível perceber, portanto, que as penalidades pecuniárias são a forma mais eficaz para reparar os ilícitos que transcendem as relações individuais. No âmbito jurídico, a indenização é ferramenta imprescindível para desestimular práticas abusivas de algumas empresas, coibir o enriquecimento sem causa, gerar justiça social e impedir a perpetuação do desrespeito institucionalizado.

²¹AZEVEDO, op. cit., p. 382.

²²SILVA, 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 set 2016.

3. INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL: REPARAÇÃO, PARÂMETROS E DESTINAÇÃO

Superada a análise da possibilidade da fixação da indenização por dano social, surge a necessidade de verificar alguns aspectos procedimentais para a reparação.

O dano social deve ser tutelado de forma ampla. Portanto, todo aquele que pretenda resguardar o interesse da coletividade é considerado legitimado para buscar, em juízo, todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, nos termos do art. 83 do CDC²³.

Nesse sentido, o Ministério Público é legitimado para requerer a indenização por dano social em demandas que tutelam direitos difusos, coletivos ou transindividuais, como desdobramento lógico da ação e da própria natureza da função ministerial de defender os interesses sociais (art. 127 da CRFB/1988²⁴).

Para o Superior Tribunal de Justiça (Reclamação 12.062 – GO²⁵), essa espécie de dano somente poderia ser pleiteada nas ações coletivas por seus legitimados legais.

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. 2. A eg. Segunda Seção, em questão de ordem, deliberou por atribuir à presente reclamação a qualidade de representativa de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, por analogia. 3. Para fins de aplicação do art. 543-C do CPC, adota-se a seguinte tese: "É nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais

²³BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 15 mar 2016.

em favor de terceiro estranho à lide". 4. No caso concreto, reclamação julgada procedente. (Rcl 12.062/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 20/11/2014).

No entanto, há outro posicionamento que se coloca pela possibilidade de o indivíduo pleitear o dano social em processo que tutela direito entre as partes, o que parece mais adequado.

O fundamento legal para a reparação do dano social nas demandas individuais consumeristas tem base no art. 81, do CDC²⁶. O dispositivo permite que a defesa dos interesses possa ser exercida em juízo, de modo individual. No Código Civil de 2002, a autorização está no espírito do art. 404, parágrafo único²⁷.

Para o STJ, a hipótese de indenização por dano social nas demandas individuais seria de decisão *extra petita* por conter provimento diverso do que foi requerido pelo autor e por beneficiar terceiro estranho ao processo.

Uma crítica ao entendimento do STJ é que esse Tribunal não pondera um dado relevante da realidade nacional: a ausência da cultura do ajuizamento de ações coletivas. Ao ignorar esse elemento, essa Corte minimiza a efetividade do instituto do dano social.

Melhor a doutrina²⁸ que defende ser possível nas ações individuais e/ou ao juiz (de ofício) reconhecer o dano social e fixar a indenização. Quanto ao magistrado, a possibilidade está respaldada pelo art. 84 do CDC²⁹ que permite ao magistrado tomar as providências necessárias para assegurar o resultado prático, independentemente de pedido do autor, tais como a imposição de multa diária ao réu, determinação de busca e apreensão, dentre outras

²⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

²⁵Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=12062&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

²⁶BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 15 mar 2016.

²⁷BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

²⁸AZEVEDO, op.cit., p. 377.

²⁹BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

medidas.

No tocante aos parâmetros para o cálculo do valor do dano, o fundamento legal está no art. 944 do CC/02³⁰, que diz que a indenização se mede pela extensão do dano. Quanto ao dano social, é preciso ponderar que as condutas lesivas e reiteradas por parte das grandes empresas extrapolam as relações individuais, merecendo uma resposta da mesma amplitude.

Para Mauro Cappeletti³¹, é necessária uma reparação como a do *fluid recovery* (ressarcimento fluído), para que o ilícito seja reprimido integralmente, não se restringindo, pois, apenas ao aspecto dos interesses individuais. Ou seja, o juiz condena o réu de forma que a coletividade seja reparada, mesmo que não seja possível verificar, na prática, quantas pessoas foram lesadas.

Ainda que seja uma demanda individual, o dano não deve ser mensurado de modo isolado. As pesquisas e dados estáticos já mencionados (TJRJ e PROCON) são ferramentas eficientes e isentas para verificar as dimensões do dano, já que trazem informações de órgãos públicos e foram feitas com base em dados oficiais.

Sobre a destinação da indenização, a maneira mais eficaz de atingir o espírito do dano social é a destinar os valores para órgão ou instituição que albergue o interesse tutelado na demanda. Seria a maneira correta de concretizar a finalidade do instituto, sem gerar enriquecimento sem causa, por se tratar de demanda individual.

O art. 883, parágrafo único do Código Civil de 2002³², permite que a indenização seja destinada às pessoas que não sejam parte no processo. No caso, esse terceiro poderia ser o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo art. 13 da Lei 7.347/85³³, e aplicável

³⁰BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

³¹CAPPELETTI apud MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Dano Social e sua Reparação*. Disponível em: http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/o_dano_social_e_sua_repara%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 15 mar. 2016.

³²BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

³³BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L

também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC³⁴.

A decisão proferida no processo nº 71001251412, a 3ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, em 2007, considerada emblemática, corrobora o entendimento:

TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO 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. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. O Direito deve ser mais esperto do que o torto, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa-fé. (Recurso Cível Nº 71001251412, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 27/03/2007 - Data de Julgamento: 27/03/2007 - Publicação: Diário da Justiça do dia 12/04/2007).

De modo diverso, Antônio Junqueira entende que a indenização deva ser dada para o autor do processo e somente destinada a um fundo, como ressarcimento à sociedade, quando a ação for proposta pelo Ministério Público. Nesse caso, tanto na tutela individual quanto na coletiva, a indenização deve ser destinada à algum fundo (como já ocorre nos casos de danos ambientais), ou, até mesmo para ONGS e/ou entidades sem fins lucrativos que tenham como objeto a proteção de interesses dos direitos do consumidor.

7347orig.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

³⁴ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

CONCLUSÃO

O dano social é instituto que visa à defesa dos interesses da coletividade perante o exercício indevido da livre iniciativa. Os princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico devem balizar as práticas capitalistas, de modo a conduzir ao exercício responsável do livre mercado.

O fornecedor ou prestador de serviços que não observa regras mínimas de boas práticas de mercado e se vale da fragilidade do consumidor descumpre a função social da empresa. As condutas que desrespeitam os preceitos constitucionais devem ser rechaçadas e punidas de modo efetivo.

A indenização por dano social é o instrumento adequado de coibição às práticas abusivas por meio das quais se consolida e perpetua uma mentalidade equivocada de desrespeito às normas consumeristas com vistas ao proveito econômico.

A punição do comportamento inadequado, a retribuição pela lesão e o caráter educativo/preventivo da indenização são medidas necessárias para impedir o ato abusivo e o enriquecimento sem causa, bem como a tutela dos direitos da coletividade no plano constitucional e infraconstitucional sejam respeitados.

O interesse da coletividade pode e deve ser tutelado por todos. Assim, o Ministério Público, as entidades de proteção ao direito do consumidor e o indivíduo configuram-se como partes legítimas para pleitear o dano social. Também é possível ao magistrado fixar a indenização de ofício, com fundamento no art. 84 do CDC.

O fato de o comportamento indesejado extrapolar as relações individuais, não sendo possível verificar, na prática, quantas pessoas foram lesadas, não significa que não seja possível estabelecer um valor proporcional ao dano. Como a indenização deve observar a extensão do dano, é viável que tal aferição se realize com base na quantidade de demandas

que determinada empresa sofre, sopesando o número de condenações. Eis um dado objetivo, capaz de direcionar e embasar o “*quantum*” indenizatório.

Para que a indenização por dano social atenda de modo efetivo sua finalidade, o montante deve ser direcionado a órgão, instituição ou fundo destinados à tutela do interesse da coletividade demandante, os consumidores. Destinar os valores do dano social a projetos que militam para aprimorar as relações de consumo é solução que, ao mesmo tempo, é eficaz para inibir o comportamento danoso e não estimula o enriquecimento sem causa. Essa medida seria a forma correta para dar efetividade ao instituto, impedindo o enriquecimento sem causa de um particular, ainda que se trate de ação individual.

Cumprido salientar, por fim, que adotar o entendimento do STJ (Reclamação 12.062 – GO), que somente reconhece a possibilidade de indenizar o dano social em ações coletivas, pode acarretar a ineficácia do instituto, pois, a sociedade brasileira ainda não vive a cultura das demandas coletivas de modo pleno.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In: Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 15 mar. 2016.

BRASIL. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas 2010: Relatório Analítico / Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC). – Brasília: DPDC, 2011.

BRASIL. Enunciado 456 do CJF/STJ. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acesso em: 18 fev 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 12.062/GO. Relator Ministro Raul Araújo. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=12062&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Terceira Turma Recursal. Processo: 71001251412. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71001251412&num_processo=71001251412&codEmenta=1821012&temIntTeor=true>. Acesso em: 15 mar. 2016.

CAPPELETTI apud MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Dano Social e sua Reparação*. Disponível em: http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/o_dano_social_e_sua_repara%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

COSTA, Daniel Arthur Quaresma da. *Dano Social nas Relações de Consumo*. 2007. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro. 2007.

SILVA, Flávio Murilo Tartuce. *Reflexões sobre o dano social*. Disponível em: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 59, nov 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537>. Acesso em set 2015.

Top 30" Lista das empresas Mais Acionadas no TJRJ. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/noticia.jsp>>. Acesso em 15 março de 2016.