

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO

MARLON DA SILVA MARTINS

A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA E OS DANOS SOCIAIS

CRICIÚMA/SC
2018

MARLON DA SILVA MARTINS

A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA E OS DANOS SOCIAIS

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Gustavo Silveira Borges

CRICIÚMA/SC

2018

MARLON DA SILVA MARTINS

A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA E OS DANOS SOCIAIS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 28 de novembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Gustavo Silveira Borges – Pós-Doutor em Direito - (Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC) - Orientador

Prof. Yduan de Oliveira May – Doutor em Direito - (Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC)

Prof. Maurício da Cunha Savino Filó – Doutor em Direito - (Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC)

**Dedico este trabalho à família e amigos,
bem como todos aqueles que, de alguma
forma, me impulsionaram nesta jornada.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me proporcionar a oportunidade de realizar meus sonhos. Agradeço à minha família pelo apoio incondicional e por ser meu porto seguro em todos os momentos de dificuldade.

Agradeço também à Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC e à coordenação do curso de Direito, por todo o empenho e dedicação em oferecer conhecimento e construir um mundo melhor.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a todos os professores que demonstraram em sala de aula a paixão pelo Direito e pela digníssima missão que é lecionar. Não posso deixar também de registrar aqui um agradecimento especial ao professor Gustavo Borges, pela confiança e auxílio na conclusão deste trabalho.

Sempre lembrarei, com significativo afeto, de todos que contribuíram positivamente durante esta importante etapa da minha vida.

**“Uma pessoa inteligente resolve um problema,
um sábio o previne.”**

Albert Einstein

RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo estudar a possibilidade de tutela preventiva de interesses difusos por meio da admissão de uma nova modalidade de dano: o dano social. Para tanto, buscaram-se subsídios no instituto da Responsabilidade Civil para se constatar se os interesses difusos podem ser objeto de violação em decorrência das condutas ilícitas praticadas. Nesse sentido, abordou-se breve histórico de direitos sociais no Brasil. Apresentando-se, também, o dano social como uma nova modalidade de reparação cível, tendo por objetivo a aferição da responsabilidade dos agentes por lesões à sociedade, tendo algumas semelhanças com os *punitive damages*. Quanto à metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e a análise jurisprudencial qualitativa, interpretando-se os dados coletados através do método indutivo. No que se refere às lesões à sociedade, esta pode ser objeto de indenização punitiva aplicando-se essa nova modalidade de dano, qual seja, o dano social, desde que comprovado o dolo ou culpa grave do agente. Conclui-se que o dano social, apesar de importante função reparatória por lesões causadas à sociedade, ainda possui poderosa função preventiva, porquanto visa regular as condutas sociais por meio de indenização exemplar, carecendo, entretanto, de alguma normatização.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano social. Interesses difusos. Tutela preventiva. *Punitive damages*.

ABSTRACT

The purpose of this essay is to study the possibility of preventive protection of diffuse interests through the admission of a new type of damage: social damage. In order to do so, it was sought subsidies at the Institute of Civil Liability to verify if the diffuse interests can be object of violation as a result of the illicit practices. In this sense, a brief history of social rights in Brazil was addressed. Social damage is also presented as a new modality of civil reparation, with the objective of assessing the liability of the agents for injuries to society, having some similarities with punitive damages. The bibliographical research and qualitative jurisprudential analysis were used as methodology, interpreting the data collected through the inductive method. With regard to injuries to society, it can be subject to punitive damages by applying this new type of damage, that is, social damage, provided that the deceit or serious fault of the agent is proven. It's concluded that social damage, despite an important reparative function due to injuries caused to society, still has a powerful preventive function, since it aims to regulate social behavior through exemplary compensation, lacking, however, some normatization.

Keywords: Civil liability. Social damages. Diffuse interests. Preventive protection. Punitive damages.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
C/c	Combinado com
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
DES.	Desembargador
DESA.	Desembargadora
Etc.	Etecetera
MG	Minas Gerais
N.	Número
Nº	Número
P.	Página
REsp	Recurso Especial
RS	Rio Grande do Sul
SP	São Paulo
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.1 CONDOTA.....	13
2.2 DANO	15
2.2.1 Conceito	15
2.2.2 Dano material ou patrimonial	16
2.2.3 Dano moral ou extrapatrimonial	17
2.2.4 Os novos danos	18
2.3 NEXO CAUSAL.....	19
2.3.1 Teorias	20
2.3.1.1 Teoria da equivalência das condições.....	20
2.3.1.2 Teoria da causalidade adequada	22
2.3.1.3 Teoria dos danos diretos e imediatos.....	23
2.3.2.4 Teoria adotada pelo Direito Civil brasileiro	24
2.4 CULPA GENÉRICA OU <i>LATO SENSU</i>	26
2.4.1 Dolo	26
2.4.2 Culpa estrita ou <i>stricto sensu</i>	27
2.4.3 Negligência, imperícia e imprudência	27
2.4.4 Espécies de culpa	28
2.4.4.1 Culpa contratual e extracontratual.....	29
2.4.4.2 Graus de culpa	29
2.4.4.3 Culpa presumida	30
2.4.4.4 Culpa concorrente	31
2.5 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	32
2.5.1 Culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro	32
2.5.2 Caso fortuito ou força maior	34
2.5.3 Exercício regular de direito, legítima defesa e estado de necessidade	35
2.5.4 Cláusula de não indenizar	37
2.6 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO	37
3 OS DANOS SOCIAIS	40
3.1 LEGITIMIDADE PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	40
3.1.1 Breve histórico dos direitos sociais	41

3.1.2 Os direitos sociais e sua força vinculativa	44
3.1.3 A tutela dos direitos sociais por meio dos danos sociais.....	45
3.2 A PROPOSTA DE DANOS SOCIAIS	47
3.2.1 Caracterização dos danos sociais	48
3.2.2 Responsabilização por danos sociais.....	51
3.2.3 A reparação dos danos sociais.....	52
3.3 OS DANOS SOCIAIS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	55
3.3.1 Relevantes condenações por danos sociais	56
3.3.2 O entendimento do STJ na Reclamação nº 12.062/GO	59
3.3.3 Um exemplo de ampla aplicação dos danos sociais	61
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA.....	64
4.1 A CRISE NA RESPONSABILIDADE CIVIL	65
4.1.1 O “direito de danos”	66
4.1.2 Problemas na aplicação do princípio da reparação integral	68
4.1.3 Um paradigma preventivo	70
4.2 A CONSTRUÇÃO DA PREVENÇÃO	72
4.2.1 Responsabilidade civil sem danos	72
4.2.2 A tutela inibitória	75
4.2.2.1 Medidas de prevenção presentes no direito brasileiro	75
4.2.2.2 Mecanismos inibitórios materiais.....	77
4.4 RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA E DANOS SOCIAIS	80
4.4.1 Tutela mais adequada aos interesses difusos	81
4.4.2 Os <i>punitive damages</i> e a prevenção geral	82
4.4.3 O caráter preventivo dos danos sociais.....	84
5 CONCLUSÃO	87

1 INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil figura como instituto regulatório das relações sociais, buscando restaurar e equilíbrio e promover a justiça social. Não obstante, evoluiu com o passar do tempo para atender às demandas sociais e ao surgimento de novos danos reparáveis.

No presente estudo, em específico, será trata a um direito fundamental difuso de existência digna, decorrente do princípio da dignidade humana esculpida na Constituição Federal de 1988. Ainda, verificar-se-á que tal direito viabiliza a admissão de uma nova modalidade de dano reparável: o dano social.

Perante uma sociedade pós-moderna com lesões pulverizadas em busca de lucro desenfreado, impõe-se cada vez mais aos operadores do Direito implementar e renovar os mecanismos jurídicos de repressão aos ilícitos. Mas não só repressão, também se verifica que em danos graves e irreversíveis merecem tratamento especial, qual seja, a implementação de um viés preventivo.

Para tanto, no primeiro capítulo, este ensaio irá tratar dos gerais pressupostos da Responsabilidade Civil, bem como o aprimoramento do instituto com a objetivação da responsabilidade e teorias de risco, tudo visando a plena reparação das vítimas.

No segundo capítulo, será amplamente abordado o dano social, seus pressupostos, caracterização e reparação, bem como exemplos práticos. Também serão apresentados casos na jurisprudência nacional e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

Por fim, no terceiro capítulo, será tratada a Responsabilidade Civil Preventiva diante de uma crise de efetividade do instituto tradicional. Serão expostos alguns meios de resgatar a função preventiva da Responsabilidade Civil, sobretudo quando da tutela de direitos afetos à pessoa humana. Segue-se assim à conclusão de que o dano social pode ter importantíssima figura preventiva.

Quanto à metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e a análise jurisprudencial qualitativa, interpretando-se os dados coletados através do método indutivo.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de se analisar qualquer matéria de danos sociais ou de caráter preventivo da responsabilidade civil, necessária a explanação de seus pressupostos básicos e de sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio, visto que de outro modo não seria possível tratar do tema ora exposto. A breve abordagem que se seguirá, porém, não pretende por óbvio exaurir toda a discussão envolvendo um ramo tão vasto e imprescindível ao Direito, limitando-se apenas como base de pressupostos para o desenvolvimento do assunto tratado.

A vida em sociedade impõe ao ser humano certas obrigações definidas em lei. Tal regulação se mostra necessária para a vida pacífica e estabelece que as pessoas devem praticar algumas condutas e abster-se de praticar outras. Ao violar essas regras e eventualmente causar algum dano a outrem, deve o causador do dano obrigatoriamente indenizar a vítima. Neste diapasão, simplifica Flávio Tartuce que a responsabilidade civil surge “por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula vida.” (TARTUCE, 2017, p. 305). Ora, a regulação da vida traduz-se em tempo contemporâneo como a regulação da própria interação social no direito privado.

A responsabilidade civil, que pode ser contratual ou extracontratual, surge com a conduta de um agente que deixa de cumprir obrigação e causa danos à vítima. Sendo o caso de contrato, verifica-se na violação de uma cláusula específica ou mesmo da fé objetiva do negócio jurídico. Já se tratando de extracontratual, mostra-se na conduta de praticar ato ilícito previsto em lei, seja por ação ou omissão, que cause prejuízos. Em ambos os casos, surge o dever do agente de indenizar a vítima. Assim, para Gagliano e Pamplona Filho o instituto:

pressupõe atividade danosa de alguém que, atuando a *priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 53).

Ainda, para melhor assimilação do conceito de responsabilidade civil extracontratual, diz Maria Helena Diniz que trata-se da:

aplicação de medidas que obrigam alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal. (DINIZ, 2014, p. 50).

Pois bem, o próximo passo deve ser listar os elementos que integram a estrutura da responsabilidade civil, principalmente no direito brasileiro. Nesta seara, não há um entendimento definitivo na doutrina, pois podemos encontrar como elementos integrantes da responsabilidade civil: conduta, dano e nexos causal (DINIZ, 2014, p. 53-54); no entanto, ainda pode ser acrescido ao grupo, seja como elemento accidental (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 70), seja como elemento essencial, a culpa genérica; desta forma, a exposição destes quatro elementos se mostra como caminho para uma melhor análise. (TARTUCE, 2017, p. 355-356).

Assim, após breve introdução à responsabilidade civil, impõe-se tratar de cada um de seus elementos.

2.1 CONDOTA

Conforme já exposto, o dever de indenizar decorre da conduta humana, podendo ser positiva ou negativa. Dessa forma, o agente pode ter uma conduta comissiva, praticando um ato ilícito e causando o dano, ou ainda pode ter uma conduta omissiva, quando tinha a obrigação de agir em determinada situação, logo, se produzindo o dano com a sua inércia. Neste último caso, acrescenta-se, deve restar comprovado que não houve a prática da conduta esperada, bem como também deve ser apurado se a conduta positiva de fato impediria o resultado danoso. (TARTUCE, 2017, p. 357).

De forma geral, a conduta constitui um ato ilícito, porém, em certas ocasiões, pode tratar-se de um ato lícito em determinada atividade que gera risco de dano. Pontua Maria Helena Diniz (2014, p. 56) que no primeiro caso deve ser analisada a culpa genérica (dolo ou culpa estrita) do agente, enquanto no risco da atividade não se exige este elemento.

Acerca do ato ilícito, conceitua o Código Civil de 2002 em seu artigo 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” (BRASIL, 2002).

Destaca-se que o elemento conduta só poderá estar atrelado à figura do ser humano, mesmo que indiretamente (no caso de uma pessoa jurídica), pois decorre da voluntariedade, expressa no artigo acima citado. A voluntariedade é verificada quando o agente se determina de tal forma que seja guiado a causar um dano, porém não se confunde com a intenção de causá-lo (dolo). Veja-se que pode ocorrer de a vontade humana ter tão somente “a consciência daquilo que se está fazendo” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 74). Daí se conclui que voluntariedade não se traduz necessariamente em consciência de que causará lesão a direito alheio.

Nos casos de responsabilização por fato de outros, de animais ou até mesmo de coisa, a voluntariedade encontra lugar na omissão perante um dever legal. Explica Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 39) que “o responsável está ligado, de algum modo, por um dever de guarda, vigilância e cuidado” decorrente de lei. Podem ser encontrados exemplos claros no Código Civil, na medida que dispõe o artigo 932 que são responsáveis: os pais pelas condutas dos filhos sob seu poder e sua companhia; os tutores e curadores igualmente pela conduta dos tutelados e curatelados; os empregadores pela conduta de seus empregados, entre outras hipóteses. Na mesma linha, o Códex Civil responsabiliza pelos danos causados por animal ou coisa aquele que detém sua guarda (artigos 936, 937 e 938¹).

A conduta também pode ser entendida como um conjunto de ações ou omissões que constituem o ato ilícito. Comenta Sílvio De Salvo Venosa (2013, p. 24) “que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato”. Para o jurista, a culpa genérica não seria um elemento à parte e sim uma característica da conduta, que o mesmo classifica como conduta culposa.

A seguir será abordado o elemento protagonista da Responsabilidade Civil, qual seja, o dano (ou prejuízo).

¹ Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido. (BRASIL, 2002).

2.2 DANO

O dano, ou prejuízo, é tratado por muitos autores como pressuposto indispensável à responsabilidade civil, em todas as suas formas, porquanto, em regra, não há sentido de se exigir a reparação ou compensação de prejuízo inexistente (STOCO, 2013, P. 176-177). Como sustenta firmemente Sérgio Cavalieri Filho, o dano “encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano” (2014, p. 92). Tal posicionamento decorre, principalmente, da literalidade do artigo 927² do Código Civil que afasta qualquer dúvida ao afirmar que somente fica obrigado a reparar (indenizar) aquele que causar dano (BRASIL, 2002). Não obstante essa resistência na doutrina, Flávio Tartuce sinaliza, sem filiar-se ao diverso entendimento, que existem alguns juristas dispostos a propor o que o autor denomina de “responsabilidade civil sem dano” (2017, p. 388), tema que será tratado neste ensaio em momento posterior e mais oportuno.

2.2.1 Conceito

Em geral, o dano tem sido definido como o prejuízo suportado, seja na esfera individual ou coletiva, de conteúdo material (econômico) ou moral (não econômico) (VENOSA, 2013, p. 38). Para Maria Helena Diniz, o dano corresponde a uma “diminuição ou destruição” de bens e interesses jurídicos da vítima, seja no campo patrimonial ou moral (2014, p. 80). Na busca por um conceito mais adequado, que não se limite apenas a apontar as consequências do dano, vislumbra-se merecedor de integral transcrição o foi legado por Sérgio Cavalieri Filho:

Correto, portanto, conceituar o dano como sendo **lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado**, qualquer que seja a sua natureza,

² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. (grifo do autor) (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 93).

Superado o debate sobre a conceituação do dano, impõe-se tratar de forma pormenorizada o que Tartuce denomina de “danos clássicos” (2017, p. 390) ou, nas palavras de Cavalieri Filho, as “modalidades tradicionais” (2014, p. 93) de dano, concernentes à classificação entre dano material (ou patrimonial) e dano moral (ou extrapatrimonial).

2.2.2 Dano material ou patrimonial

Esta modalidade de dano guarda relação direta com o conjunto de bens e relações jurídicas de determinado indivíduo que são passíveis de uma valoração econômica. Logo, ocorre dano patrimonial quando a lesão atinge o patrimônio da vítima (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, p. 90). Tal patrimônio, na lição de Cavalieri Filho, abrange não só os bens corpóreos, mas também aqueles bens incorpóreos, como exemplifica o autor: “o crédito não honrado, os direitos autorais que não são respeitados causam prejuízo, tal como o dano causado em um veículo” (2014, p. 94).

Partindo dessas observações, os efeitos do dano material podem provocar a diminuição do patrimônio atual da vítima, ao que denomina-se dano emergente (direto), ou lhe privar de aumentar seu patrimônio, caracterizando o lucro cessante (RIZZARDO, 2013. p. 15). Essa subdivisão do dano material encontra-se expressa no artigo 402³ do Código Civil ao dispor que é devido ao lesado “além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (BRASIL, 2002). Tem-se então que a partir da análise do caso concreto, o dano material será apurado pelo desfalque instantâneo ao patrimônio da vítima e pelo que, de acordo com razoáveis expectativas, foi obstada de lucrar (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94-95).

Ainda acerca do dano material, sua restituição pode dar-se através da restituição integral do patrimônio atingido, ou seja, retrocedendo ao *status quo*

³ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL, 2002).

anterior à lesão, bem como de forma pecuniária equivalente ao valor econômico tolhido da vítima, nos casos em que for impossível a primeira hipótese (DINIZ, 2014, p. 85).

Apontadas as principais características do dano material (ou patrimonial), imperioso, por remanescente, abordar agora os relevantes pontos referentes ao dano moral (ou extrapatrimonial).

2.2.3 Dano moral ou extrapatrimonial

O dano moral ou extrapatrimonial ainda é matéria recente no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto por um longo período era penoso aos operadores do direito conceber reparação a este tipo de lesão, vindo a ser efetivamente reconhecido com o advento da Constituição Federal de 1988. O dano moral corresponde à violação dos direitos da personalidade, elencados entre os artigos 11 e 21 do Código Civil, e sua reparação tem por objetivo atenuar os efeitos negativos (dor, sofrimento), portanto, não há intenção de atribuir algum valor econômico aos sentimentos humanos (TARTUCE, 2017, p. 405). Na lição de Sérgio Cavalieri Filho, dano moral pode ser definido como “dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação”, decorrente de lesão aos direitos da personalidade, quais sejam, direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, traduzindo-se em verdadeiro atentado à dignidade humana (2014, p. 106). Ainda, conclui Arnaldo Rizzardo:

Em suma, o dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de espírito, a reputação etc. É o puro dano moral, sem qualquer repercussão no patrimônio, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos. (RIZZARDO, 2013, p. 232).

De outro norte, o mero aborrecimento, “dissabor”, característico do cotidiano não é o bastante para caracterizar o dano moral. O juiz deve analisar o caso concreto, o meio social em que a vítima está inserida, apurando se a conduta do agente foi o suficiente para causar um “distúrbio anormal” no ânimo psíquico daquela (VENOSA, 2013, p. 47).

Quanto à sua reparação, tem-se que o direito busca dar ao lesado uma satisfação, compensação, pelo abalo sofrido e afastando, pelo menos em parte, aquelas consequências decorrentes da lesão. Não obstante, tal reparação também assume um papel secundário de sanção ao agente que comete o ilícito civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 130).

Segue-se abordando algumas modalidades de novos danos que vêm surgindo recentemente na doutrina e jurisprudência.

2.2.4 Os novos danos

Devido ao relevante crescimento de novos danos no direito contemporâneo, mostra-se meritório discorrer brevemente sobre os mesmos.

Imperioso é trazer à baila a noção de dano estético, como uma nova modalidade, marcando um ciclo de surgimento de novos danos no direito contemporâneo (TARTUCE, 2017, p. 437). Como afirma Flávio Tartuce, ocorre dano estético “quando a pessoa sofre feridas, cicatrizes, cortes superficiais ou profundos em sua pele, lesão ou perda de órgãos internos ou externos do corpo, aleijões, amputações, entre outras anomalias que atingem a própria dignidade humana” (2017, p. 438). Nesta seara, com a edição recente da Súmula nº 387⁴ do Supremo Tribunal de Justiça, passou a admitir-se a cumulação de danos morais e estéticos na reparação civil.

Na mesma esteira, vem sendo admitido o dano pela perda de uma chance, que guarda certa similaridade com o lucro cessante, porém, decorre da frustração de uma oportunidade única que por critérios razoáveis seria o correto deslinde da situação fática. Seria caso, por exemplo, de “alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo” (TARTUCE, 2017, p. 440-444).

Não obstante todo o exposto acerca do dano moral, a princípio individual, tem-se presente no Direito Civil brasileiro a consolidação dos chamados danos morais coletivos. Seu conceito, ainda controvertido, é de que são danos que causam lesão aos direitos da personalidade de diversas pessoas, sejam elas determinadas ou determináveis. Ao que tudo indica, a reparação é destinada a um grupo ou

⁴ STJ - Súmula 387 É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

comunidade de pessoas, porquanto em verdade ocorre a violação de direitos individuais homogêneos, comuns às vítimas (TARTUCE, 2017, p 447).

Por derradeiro, tem surgido na seara da responsabilidade civil, como candidato a uma nova modalidade dano, os denominados danos sociais, que será abordado em capítulo próprio neste ensaio. Para fins de breve conceituação, a proposta traz como danos sociais as lesões à sociedade, no seu nível de vida, importando rebaixamento moral com reflexos na segurança, ou ainda diminuição na qualidade de vida da população (TARTUCE, 2017, p. 453).

Superada a temática do pressuposto dano, adiante será tratado do nexos causal, elemento que visa ligar a conduta do agente ao dano indenizável.

2.3 NEXO CAUSAL

O nexos causal é elemento imaterial que se traduz na própria ligação entre uma conduta culposa ou uma atividade de risco e o dano causado, de forma que sem sua presença não existe responsabilidade civil (TARTUCE, 2017, p. 370). De acordo com Flávio Tartuce, “pode-se imaginar que o nexos de causalidade é um cano virtual, que liga os elementos da conduta e do dano” (2017, p. 370). Trata-se de elemento indispensável tanto à responsabilidade subjetiva quanto à responsabilidade objetiva, visto que esta última “dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal” (VENOSA, 2013, p. 54).

Veja-se que o nexos causal tem uma perspectiva, a princípio, naturalista, sendo “verificado mediante mera relação de causa e efeito determinada pelas leis naturais. Elo naturalístico entre conduta e resultado” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 62). Porém, este deve receber um contorno jurídico, na medida em que nem sempre haverá apenas uma única causa ligada ao resultado, tornando imprescindível apurar qual das concausas foi essencial para ocorrência do evento danoso. Na lição de Sérgio Cavalieri Filho:

é também preciso um elo jurídico, normativo, principalmente quando tivermos várias causas concorrendo para determinado resultado, como também no caso de omissão. [...] O juiz tem que eliminar os fatos que foram irrelevantes para a efetivação do dano. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na ausência desses fatos, o dano ocorreria. Causa será aquela que após este processo de expurgo, se revelar a mais idônea para produzir o resultado. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 62-63).

Ainda, um evento danoso pode ter uma ligação indireta com a conduta do agente, ou seja, este comportamento contribuiu de tal forma que se tornou essencial ao se ligar com uma concausa superveniente, tendo como consequência a lesão. Assim, Maria Helena Diniz afirma que esta conduta “poderá não ser causa imediata, mas se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência” (2014, p. 131). Em suma, conclui que:

o dano poderá ter efeito indireto, mas isso não impede que seja, concomitantemente, um efeito necessário da ação que o provocou. O. ex.: se um desordeiro quebrar a vitrina de uma loja, deverá indenizar o dono não só do custo do vidro e sua colocação, mas também do valor dos artigos furtados em consequência de seu ato, por ser dano indireto, embora efeito necessário da ação lesante. Se alguém é atropelado e vem a falecer em consequência de uma anestesia, o agente responderá pela morte, como autor da lesão, que possibilitava esse evento lesivo. (DINIZ, 2014, p. 131-132).

A configuração do nexu causal, embora pareça simples, requer na aplicação do direito alguns critérios para que se verifique quais causas de fato estão ligadas ao evento danoso. Explica Sérgio Cavalieri Filho que “o problema torna-se um pouco mais complexo nas hipóteses de causalidade múltipla, isto é, quando há uma cadeia de condições” (2014, p. 63) e mostra-se necessário apontar com precisão a causa real do resultado.

Para tanto, desenvolveu-se algumas teorias para a identificação do nexu causal, que serão tratadas no próximo item.

2.3.1 Teorias

Devido a necessidade da correta aplicação do nexu causal, a doutrina desenvolveu algumas teorias visando à solução deste potencial imbróglio, entre elas, destacam-se a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e, ainda, a teoria dos danos diretos e imediatos, sendo tratadas de forma mais aprofundada a seguir.

2.3.1.1 Teoria da equivalência das condições

No âmbito de tentar resolver a questão no nexu causal, surgiu a teoria da equivalência das condições, também chamada de teoria da equivalência dos

anteriores ou *conditio sine qua non* (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 64). Esta teoria visa remontar a cadeia de causas e condições que de alguma forma contribuíram para o resultado danoso, porém não discute valores diferentes a cada uma delas. Daí ocorre a adoção do termo “equivalência”. Defende Sérgio Cavalieri Filho que “se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem” (2014, p. 64).

Ao tratar do assunto, comenta Rui Stoco que esta teoria “não distingue causa, condição ou ocasião, de modo que tudo o que concorrer para o resultado é causa dele” (2013, p. 204). Percebe-se que a esta teoria não interessa apurar qual causa ou condição concorreu mais ou menos para o evento danoso, estabelecendo que todas elas igualmente geram a responsabilidade civil (TARTUCE, 2017, p. 371).

Tal teoria, concebida por Von Buri, foi muito bem recebida na esfera do Direito Penal por vários países (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 64) porquanto sua aplicação “vem em socorro da vítima” (STOCO, 2013, p. 204). No Brasil, a aplicação desta teoria no Código Penal mostra-se cristalina ao se verificar a redação do art. 13: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (BRASIL, 1940).

O procedimento para apurar as causas que realmente possuem relação com o evento danoso implica na exclusão hipotética ou imaginária da causa em análise e, se suprimida esta, ocorre ou não aquele resultado. Diz Rui Stoco que “desse modo, para determinar se uma condição constitui ‘causa’ do evento ou resultado procede-se eliminando *in mente* essa condição. Se, ainda assim, o resultado persistir, essa condição não será a causa” (2013, p. 205). Logo, podem concorrer várias causas, e todas elas serão consideradas equivalentes.

Embora admitida sua relevância para o Direito Penal, críticas são feitas quanto à aplicação da teoria na responsabilidade civil (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 64). Isto porque significaria analisar uma cadeia infinita de inúmeras causas anteriores ao evento danoso (TARTUCE, 2017, p. 371). Como exemplifica Sérgio Cavalieri Filho, ao se aplicar esta teoria “teria que indenizar a vítima de atropelamento não só quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem o forneceu a matéria-prima etc” (2014, p. 64). Esta também é a conclusão de Gagliano e Pamplona Filho:

Nessa linha, se o agente saca a arma e dispara o projétil, matando o seu desafeto, seria considerado causa, não apenas o disparo, mas também a compra da arma, a sua fabricação, a aquisição do ferro e da pólvora pela indústria etc., o que envolveria, absurdamente, um número ilimitado de agentes na situação de ilicitude. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 141).

Ao que parece, provavelmente pela inconveniência acima demonstrada, a teoria da equivalência das condições não logrou sucesso em ocupar seu lugar no Direito Civil.

2.3.1.2 Teoria da causalidade adequada

Se a teoria da equivalência das condições ampliava infinitamente o nexo de causalidade, em contrapartida, a teoria da causalidade adequada lhe restringe ao máximo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 144). Elaborada por Von Kries, esta teoria guarda outra diferença fundamental em relação a anteriormente tratada: ela distingue causa de condição. Preconiza Sérgio Cavalieri Filho que “causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado” (2014, p. 65). Isto porque, embora utilize o mesmo processo imaginário, na teoria da causalidade adequada será avaliada a relevância de cada uma das condições e, ao encontrar a mais significativa para o evento danoso, esta será declarada a causa (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 65).

Sua maior deficiência talvez seja encontrar a causa determinante entre tantas condições. Para Rui Stoco, será causa “aquela que for mais apropriada a produzir o resultado, ou seja, aquela que, de acordo com a experiência comum, for a mais idônea à realização do evento danoso” (2013, p. 205). Por “experiência comum”, entende-se o conhecimento das leis da natureza e sua ocorrência no cotidiano do homem médio. Como comenta Sérgio Cavalieri Filho:

Não há uma regra teórica, nenhuma fórmula hipotética para resolver o problema, de sorte que a solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, com bom-senso e ponderação. Causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 65).

Sustenta-se também que determinar a causa adequada decorre de uma análise da probabilidade de um dos antecedentes em seu aspecto abstrato, ou seja,

quando por si só, tem potencial de produzir o dano. Desta forma, alertam Gagliano e Pamplona Filho que “consiste no fato de que somente o antecedente abstratamente apto à determinação do resultado, segundo um juízo razoável de probabilidade, em que conta a experiência do julgador, poderá ser considerado causa” (2014, p. 144). Aponta Arnaldo Rizzardo que esta teoria, assim como a da equivalência de condições, também pode deixar algumas situações sem a melhor solução e tece críticas ao subjetivismo na investigação da causa mais adequada (2013, p. 70). Para tanto, o autor ainda exemplifica:

Alguém desfere uma leve batida na cabeça de uma pessoa, cujo osso craniano já se encontrava com fraturas, vindo, por isso, a falecer. Não é adequada a causa para produzir a morte. Não responderá, por isso, por esse último resultado. (RIZZARDO, 2013, p. 71).

Logo, destaca-se como inconveniente na teoria da causalidade adequada o que Gagliano e Pamplona Filho consideram “um acentuado grau de discricionariedade do julgador” (2014, p. 144) que deve visualizar o plano abstrato e determinar qual fato serve adequadamente como causa ao evento danoso.

2.3.1.3 Teoria dos danos diretos e imediatos

Esta teoria, também denominada teoria da interrupção do nexo causal, foi elaborada no Brasil por Agostinho Alvim e destaca-se por dar ênfase à necessidade de uma determinada causa para a produção do resultado danoso (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2014, p. 144). Quando aplicada, deixa de ser o agente responsabilizado por efeitos que não estão diretamente ligados à sua conduta, mas que decorrem de causa superveniente, “ainda que relativamente independente da cadeia dos acontecimentos” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2014, p. 145). A partir disto, interrompe-se o nexo causal, porquanto o resultado danoso tem vínculo, na verdade, com a causa superveniente e não com a conduta inicial.

Segundo parte da doutrina e jurisprudência, a teoria dos efeitos diretos e imediatos estaria expressamente prevista no art. 403 do Código Civil ao dizer que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”

(CAVALIERI FILHO, 2014, p. 67). Em análise de Sérgio Cavalieri Filho, o dispositivo foi destinado ao tratamento da responsabilidade contratual, mas há entendimento de que se estenderia à responsabilidade civil extracontratual (2014, p. 67). As conclusões do autor sobre o referido artigo merecem integral transcrição:

- a) A expressão legal “efeito direto e imediato” indica liame de necessariedade e não de simples proximidade; não se refere à causa cronologicamente mais ligada ao evento, temporalmente mais próxima, mas sim àquela que foi a mais direta, a mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas.
- b) As palavras direta e imediata não traduzem duas ideias distintas. Foram empregadas para reforço uma da outra, querendo o legislador, com essas expressões, traduzir o conceito de necessariedade.
- c) A ideia central, enunciada e repetida pelos autores, não é a distância, mas sim a ocorrência de causa superveniente que rompa o nexo causal.
- d) A responsabilidade do devedor pode ser afastada, não por causa da distância entre a causa e o efeito, mas pelo aparecimento de causa (concausa) superveniente que interrompa o nexo causal e por si só produza o resultado, caso em que a causa próxima toma o lugar da remota.
- e) Os danos indiretos ou remotos podem ser passíveis de ressarcimento desde que sejam consequência da conduta; só não são indenizáveis quando deixam de ser efeito necessário pelo aparecimento de causa superveniente (concausa) que por si só produz o resultado. Com frequência, a causa temporalmente mais próxima do evento não é a mais determinante, caso em que deverá ser desconsiderada, por se tratar de mera concausa. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 69).

Nesta linha, o lapso temporal entre a causa inicial e o resultado mostra-se indiferente para a teoria, ao passo que o ponto primordial a ser analisado é a existência de uma concausa superveniente àquela inicial e se esta é capaz de produzir tal resultado final, de forma independente ou relativamente independente, evidenciando o rompimento de um primeiro nexo causal e o nascimento de um novo. Como exemplifica Arnaldo Rizzardo, “no acidente de trânsito, circunscreve-se a indenização à reparação dos danos resultantes naquele acidente, e não dos que aparecem por deficiente tratamento médico, ou por infecção hospitalar” (2013, p. 72).

Diante da análise das principais teorias explicativas do nexo causal, resta identificar qual delas é adotada no ordenamento jurídico pátrio.

2.3.2.4 Teoria adotada pelo Direito Civil brasileiro

Expostas as principais teorias abordadas pela doutrina, necessário apurar qual delas tem servido à responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

Em primeiro lugar, ressalta-se que a teoria da equivalência de condições, embora presente no Direito Penal, foi rejeitada pelos civilistas brasileiros e nisso concordam diversos autores, inclusive Flávio Tartuce (2017, p. 371), Rui Stoco (2013, p. 204) e Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 142). Permanece, porém, constante divergência dos juristas quanto a adoção das demais teorias, porquanto não há previsão expressa no Código Civil.

Alguns autores entendem que a teoria predominante na seara civil é a da causalidade adequada, que busca entre as várias concausas aquela que melhor se adequa à produção do evento danoso. Entre eles, encontra-se Sérgio Cavalieri Filho ao afirmar que “o juiz deve retroceder até o momento da ação ou omissão, a fim de estabelecer se esta era ou não idônea para produzir o dano” (2014, p. 66). Em apoio a esta teoria, também entende Flávio Tartuce que “o Código Civil de 2002 adotou, em melhor sentido, a teoria da causalidade adequada, eis que a indenização deve ser adequada aos fatos que a cercam” (2017, p. 372), conclusão que obteve em sua interpretação dos artigos 944 e 945⁵ do diploma legal.

Noutro norte, principalmente pela análise do artigo 403 do Código Civil, há entendimento que o correto seria adotar-se a teoria dos danos diretos e imediatos. Nesta linha, extrai-se da obra de Gagliano e Pamplona Filho: “Alinhamo-nos ao lado daqueles que entendem mais acertado o entendimento de que o Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata (teoria da interrupção do nexa causal)” (2014, p. 147). Da mesma forma, nas palavras de Arnaldo Rizzardo: “O Código Civil brasileiro adotou a causa do dano direto e imediato, com amparo no art. 403 (art. 1.060 do Código de 1916) [...] Interessa, no caso, o dano que é efeito direto e imediato do fato causador, e não o remoto, ou o advindo de novas causas” (2013, p. 71-72).

Devido a toda esta imprecisão doutrinária e a proximidade entre as duas teorias, restará, de certo, ao operador do direito e em especial ao magistrado, a aplicação da teoria explicativa que melhor entender se amoldar ao caso concreto (TARTUCE, p. 375). Ao tratar do assunto, conclui Rui Stoco:

⁵ 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, eqüitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. (BRASIL, 2002).

Enfim, independentemente da teoria que se adote, como a questão só se apresenta ao Juiz, caberá a este, como dito, na análise do caso concreto, sobrepesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexo causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado. (STOCO, 2013, p. 206).

Ao item 2.5 serão listadas as hipóteses admitidas no Direito Civil para a exclusão da ilicitude ou interrupção do nexo causal e, conseqüentemente, afastar a responsabilidade civil do agente. Segue-se o estudo com a explanação do elemento culpa (*lato sensu*).

2.4 CULPA GENÉRICA OU *LATO SENSU*

Ao tratar-se de culpa na responsabilidade civil, deve ser considerada a noção de culpa genérica, em sentido amplo (*lato sensu*), de forma que esta subdivide-se entre “o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever jurídico” (DINIZ, 2014, p. 58). Outro ponto crucial, é que este elemento tem relevância apenas para responsabilidade civil subjetiva, porquanto a responsabilidade civil objetiva decorre, entre outras hipóteses previstas em lei, de atividade de risco, do dano sofrido, e do nexo causal entre ambos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 195).

No mais, importante uma análise mais detalhada das características de dolo e culpa estrita.

2.4.1 Dolo

Como já indicado alhures, o dolo corresponde à vontade do agente em causar deliberadamente o dano. Note-se que este elemento guarda relação direta com a primeira parte do art. 186 do Código Civil quando expressa os termos “ação ou omissão voluntária”. Acerca do dolo, sustenta Cavalieri Filho que este:

tem por elementos a representação do resultado e a consciência da sua ilicitude. Representação é, em outras palavras, previsão, antevisão mental do resultado. Antes de desencadear a conduta, o agente antevê, representa mentalmente, o resultado danoso e o elege como objeto de sua ação. E assim é porque somente se quer aquilo que se representa. O agente que age dolosamente sabe também ser

ilícito o resultado que intenciona alcançar com sua conduta. Está consciente de que age de forma contrária ao dever jurídico, embora lhe seja possível agir de forma diferente. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 46-47).

Desta forma, o dolo é elemento inquestionável do dever de indenizar, pois entende-se que decorre da vontade absolutamente consciente de agir de tal forma que alcançará uma lesão previamente pretendida ao direito alheio.

Conforme as características apontadas, entende Flávio Tartuce que “em havendo dolo, por regra, deverá o agente pagar indenização integral, sem qualquer redução. Isso porque, em casos tais e na grande maioria das vezes, não se pode falar na culpa concorrente da vítima ou de terceiro, a gerar a redução por equidade da indenização” (TARTUCE, 2017, p. 359). Com isso, o autor justifica que nos casos de dolo não há necessidade de se aferir a reparação proporcional à culpa do agente, porquanto se mostra o único a praticar atos que levam ao resultado danoso.

Encerrada esta breve análise acerca do dolo, caminha-se ao trato da culpa estrita ou *stricto sensu*.

2.4.2 Culpa estrita ou *stricto sensu*

A culpa estrita diz respeito ao comportamento do agente que, embora não tenha a intenção, causa dano com sua conduta. Embora reconheça certa dificuldade da doutrina em caracterizar a culpa estrita, Sérgio Cavalieri Filho a conceitua como “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”. Conclui-se que, enquanto no dolo o agente quer tanto a causa quanto a consequência, na culpa estrita este não deseja nada além de sua conduta (causa). (CAVALIERI, 2014, p. 51). Esta conduta pode ser identificada como hipótese de negligência, imperícia ou imprudência, ao passo que o agente deve ser responsabilizado pelas consequências de seus atos. (DINIZ, 2014, p. 58).

Acerca da negligência, imperícia e imprudência, discorre o item a seguir.

2.4.3 Negligência, imperícia e imprudência

No tocante à negligência, tem-se que o agente age sem observar devidamente regras que impõe sua atenção ou discernimento (DINIZ, 2014, p. 58). Afirmam Gagliano e Pamplona Filho que a negligência ocorre por “falta de observância do dever de cuidado, por omissão. Tal ocorre, por exemplo, quando o motorista causa grave acidente por não haver consertado a sua lanterna traseira”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, p. 186).

A respeito da imperícia, ocorre quando observada a falta de uma habilidade específica para desempenhar uma função, geralmente nos casos de profissionais liberais (TARTUCE, 2017, p. 360). É a hipótese prevista no artigo 951⁶ do Código Civil, quando se trata de profissionais que atuam na área da saúde, que por erro técnico no tratamento dispensado ao paciente acabam por lhe causar danos diversos, inclusive estéticos. Neste diapasão, afirma Gagliano e Pamplona Filho que:

esta forma de exteriorização da culpa decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica. É o que acontece quando há o erro médico em uma cirurgia em que não se empregou corretamente a técnica de incisão ou quando o advogado deixa de interpor recurso que possibilitaria, segundo jurisprudência dominante, acolhimento da pretensão de seu cliente. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 187).

Em se tratando de imprudência, acontece nos casos em que o agente procede com uma ação sem qualquer cautela. Neste ponto, Flávio Tartuce afirma que única diferença entre negligência e imprudência, é que a primeira decorre de omissão descuidada enquanto a segunda consubstancia-se por meio de uma ação sem os cuidados necessários. (TARTUCE, 2017, p. 360). Nesta linha, também comentam Sérgio Cavalieri Filho que, “a imprudência é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação” (2017, p. 52), e Maria Helena Diniz tratando como “precipitação ou ato de proceder sem cautela” (2014, p. 59).

2.4.4 Espécies de culpa

⁶ Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (BRASIL, 2002).

Pertinente trazer à baila também algumas classificações da culpa estrita, seja ao tratar da culpa contratual ou extracontratual, ou mesmo dos seus graus de gravidade, bem como abordar a culpa presumida e a culpa concorrente.

2.4.4.1 Culpa contratual e extracontratual

Quando se classifica a culpa estrita quanto à sua origem, esta pode ser contratual ou extracontratual.

A culpa contratual, diz respeito às violações de cláusulas contratuais ou deveres que guardam alguma relação com a boa-fé objetiva, ou seja, quando se exige lealdade das partes em relação aos termos do negócio jurídico (TARTUCE, 2017, p. 361). Diz Sérgio Cavalieri Filho que a culpa contratual tem “por fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato” (2014, p. 54-55). Tem-se, portanto, que esta espécie de culpa ocorre a partir de um inadimplemento contratual.

Noutro norte, a culpa extracontratual ocorre quando o agente viola um preceito geral do Direito ou uma norma jurídica (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 55). Explica Maria Helena Diniz que quando o dever for “originário de violação de preceito geral de direito, que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extracontratual” (DINIZ, 2014, p. 60). Assim, é um exemplo de culpa extracontratual quando o motorista, de forma imprudente, ultrapassa os limites de velocidade de via e acaba colidindo com outro veículo.

2.4.4.2 Graus de culpa

A melhor doutrina classifica a culpa quanto à sua gravidade a partir de três graus: culpa grave, culpa leve e culpa levíssima.

Ocorre a culpa grave quando o dano decorre de erro grosseiro por parte do agente, quando a conduta não corresponde à diligência normal de uma pessoa comum ao passo que a lesão é claramente previsível (DINIZ, 2014, p. 60). Explica Flávio Tartuce que neste caso “o agente até não queria o resultado, mas agiu com tamanha culpa de tal forma que parecia que o quisesse” (TARTUCE, 2017, p. 365). Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

é a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal. Em ambos há previsão ou representação do resultado, só que no dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo, enquanto na culpa consciente ele acredita sinceramente que o evento não ocorrerá. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 53)

Na culpa leve, entende-se que o dano poderia ter sido evitado com a devida atenção de um homem médio, ou seja, com o comportamento padrão de um ser humano (TARTUCE, 2017, p. 365). Parte da doutrina considera este homem médio representado pelo termo romano *bonus pater familias*, ou seja, um bom pai de família (VENOSA, 2013, p. 29). Assim, Maria Helena Diniz afirma que a culpa leve “ocorrerá quando a lesão de direito puder ser evitada com atenção ordinária, ou adoção de diligências próprias de um *bonus pater familias*” (DINIZ, 2014, p. 60).

Por fim, quando se fala de culpa levíssima, remete-se à situação em que o agente poderia evitar o dano somente se agisse com uma atenção para além do padrão do homem médio ou tivesse algum conhecimento mais específico. Segundo Sílvio de Salvo Venosa, “a culpa levíssima é constatada pela falta de uma atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter” (VENOSA, 2013, p.29). Portanto, nas palavras de Rui Stoco:

Culpa levíssima considera-se a falta cometida em razão de uma conduta que escaparia ao padrão médio mas que um diligentíssimo *pater familias*, especialmente cuidadoso, guardaria. Caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária ou ausência de habilidade especial ou conhecimento singular. (STOCO, 2013, p. 186).

No Código Civil os graus de culpa são tratados ao parágrafo único do art. 944 prevendo que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização” (BRASIL, 2002). Conclui-se, portanto, que embora a graduação de culpa não afaste a responsabilização do agente, pode figurar como fundamento para fixação do *quantum* indenizatório (TARTUCE, 2017, p. 365).

2.4.4.3 Culpa presumida

Esta espécie de culpa, que era adotada quando da responsabilidade subjetiva, quase não é empregada atualmente, pois após o advento da

responsabilidade civil objetiva e da teoria de risco, na maioria das hipóteses, não há que se falar em culpa como pressuposto da responsabilização do agente.

Era caso de culpa presumida, assim como é de responsabilidade objetiva, a inversão do ônus da prova em situações previstas em lei, principalmente quando é difícil obtê-la. Neste diapasão, a vítima de uma lesão não necessita comprovar a culpa do réu para responsabilizá-lo (TARTUCE, 2017, p. 364). Mas aponta Flávio Tartuce que:

na culpa presumida, hipótese de responsabilidade civil subjetiva, se o réu provar que não teve culpa, não responderá. Por seu turno, na responsabilidade objetiva essa comprovação não basta para excluir o dever de reparar do agente, que somente é afastado se comprovada uma das excludentes de nexo de causalidade (TARTUCE, 2017, p. 364).

Trata-se, com efeito, de presunção relativa, ou *juris tantum*, de culpa, na medida em que cabe ao agente comprovar que não teve uma conduta culposa ou que há existência das excludentes de nexo de causalidade (culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro, caso furtivo ou de força maior). (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 56-57). Já foram citadas anteriormente algumas hipóteses, como o caso de responsabilidade por fato de outrem previstas nos artigos 936, 937 e 938 do Código Civil de 2002, que se tratavam de culpa presumida e passaram a ser vistas pelo novo diploma legal como casos de responsabilidade objetiva, portanto, tornando irrelevante a culpa do agente.

2.4.4.4 Culpa concorrente

Na culpa concorrente, tem-se que tanto a conduta do agente quanto a conduta da vítima, juntas, desencadearam a lesão, ocasião em que haverá análise dos graus de culpa para a aplicação equitativa ou proporcional da indenização, conforme a fórmula exposta no já citado artigo 944 do Código Civil (TARTUCE, 2017, p. 368). Conforme lição de Sílvio de Salvo Venosa:

Cuida-se, portanto de imputação de culpa à vítima, que também concorre para o evento. Assim, se o grau de culpa é idêntico, a responsabilidade se compensa. Por isso, prefere-se denominar concorrência de responsabilidade ou de causas. Pode ocorrer que a intensidade da culpa de um supere a do outro: nesse caso, a indenização deve ser proporcional. Assim, nada impede que um

agente responda por 2/3 e outro por 1/3 da indenização em discussão. (VENOSA, 2013, p. 36-37).

No Código Civil, tal matéria recebeu tratamento expresso no artigo 945 ao prever que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada, tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. Logo, conclui-se que a culpa concorrente não se trata de hipótese de afastar a responsabilidade do agente, mas sim, de reduzir o *quantum* indenizatório devido por este (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 59-60).

Agora, cabe tratar de algumas hipóteses que obstam a indenização por danos.

2.5 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como foi visto anteriormente, o agente será responsabilizado quando sua conduta comissiva ou omissiva estiver num liame com o dano provocado à vítima, inclusive por animal em sua guarda ou coisa em sua posse. Em alguns casos, porém, embora seja visível alguma ligação da conduta do agente com o evento danoso, haverá isenção de responsabilidade civil, seja porque a vontade do agente não constitui ato ilícito, seja porque em melhor análise tem-se que o nexo de causalidade era aparente (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2015, p. 380-381). As causas excludentes de responsabilidade civil, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho, são “todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória” (2014, p. 157).

Neste diapasão, a melhor doutrina tem tratado como hipóteses excludentes da responsabilidade civil: a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou de força maior, o exercício regular de direito, a legítima defesa, o estado de necessidade e, na esfera da responsabilidade contratual, a cláusula de não indenizar. Tais hipóteses serão melhores tratadas nos itens a seguir.

2.5.1 Culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro

A culpa exclusiva da vítima, ou fato da vítima, tem por fundamento a constatação de que a conduta da vítima, por si só, produziu diretamente o evento

danoso. Trata-se de interferência da vítima nonexo causal exclusivamente determinante para a ocorrência do dano. Neste caso, o agente aparentemente causador do dano figura apenas como um instrumento que possibilitou à vítima determinar-se de forma que provocasse a lesão a si mesma (CAVALIERI, 2014, p. 86). Ao tratar desta excludente de responsabilidade civil, Gagliano e Pamplona Filho exemplificam:

Imagine a hipótese do sujeito que, guiando o seu veículo segundo as regras de trânsito, depara-se com alguém que, visando suicidar-se, arremessa-se sob as suas rodas. Nesse caso, o evento fatídico, obviamente, não poderá ser atribuído ao motorista (agente), mas sim, e tão somente, ao suicida (vítima). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 171).

Veja-se que a culpa exclusiva deve ser diferenciada da culpa concorrente, já abordada, pois não se trata de apurar quanto o agente ou a vítima contribuíram culposamente para o evento danoso. Alerta Rui Stoco que na verdade trata-se de apurar a exclusão do próprionexo causal entre dano e comportamento do agente, que nesta hipótese, não concorreu em medida alguma (2013, p. 253). Desta forma, não há que ser falar em qualquer *quantum* indenizatório, porquanto como conclui Arnaldo Rizzardo, “nada se pode exigir de terceiros se exclusivamente ao lesado se deveu o dano” (2013, p. 97).

No concernente ao fato ou culpa de terceiro, de forma semelhante tem-se que a conduta deste foi o fato gerador da lesão, eliminando-se qualquer parcela de culpa do agente. Porém, terceiro não é qualquer pessoa, mas sim aquele que não possui nenhuma ligação com o aparente causador do dano e a vítima, ou seja, “é preciso que o fato de terceiro destrua a relação causal entre a vítima e o aparente causador do dano; que seja algo irresistível e desligado de ambos” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 87). Aliás, em relação ao conceito de terceiro, diz Rui Stoco que “deve-se ressaltar as pessoas por cujos atos o agente obrigatoriamente responde”, que são os casos já citados de responsabilidade dos pais pelos filhos, tutores pelos tutelados, curadores pelos curatelados, empregador pelos seus empregados etc, hipóteses em que caberá o direito de regresso (STOCO, 2013, p. 262).

A questão ainda gera muitas discussões e, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho, encontra muita resistência em sua aplicação na jurisprudência (2014, p. 173). Como acusa Sílvio de Salvo Venosa acerca da problemática:

A questão é tormentosa na jurisprudência, e o juiz, por vezes, vê-se perante uma questão de difícil solução. Não temos texto expresso de lei que nos conduza a um entendimento pacífico. Na maioria das vezes, os magistrados decidem por equidade, embora não o digam. (VENOSA, 2013, p. 66).

Superada a análise da culpa exclusiva da vítima e do fato de terceiro, o caminho próximo é abordar o caso fortuito ou de força maior.

2.5.2 Caso fortuito ou força maior

Os conceitos dos termos “caso fortuito” e “força maior”, por vezes, acabam sendo considerados equivalentes na doutrina, em outros casos, são distintamente abordados (TARTUCE, 2017, p. 376-377). Isto decorre, principalmente, da redação do parágrafo único do artigo 393⁷ do Código Civil ao dizer: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (BRASIL, 2002). De qualquer forma, há consenso de que são hipóteses em que a ocorrência do dano escapa ao poder de diligência do agente, quando provocado por fato externo, inevitável conforme condições de tempo e lugar, estranho à vontade do mesmo e que, cumulando-se com a ausência de culpa, o isenta de responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 88).

Embora a diferenciação dos termos não tenha resultado prático, já que ambos obstem o dever de indenizar (VENOSA, 2013, p. 57), importante trazer à baila a conceituação feita por Sérgio Cavalieri Filho:

Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do *caso fortuito* quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, como tempestades, enchentes etc., estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome o diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 89).

Uma ressalva a ser feita é em relação aos riscos de atividades econômicas. Se um determinado caso fortuito, por exemplo, for risco inerente ao

⁷ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (BRASIL, 2002).

empreendimento mantido pelo agente, mesmo que imprevisível e inevitável, este será responsabilizado pelo dano causado. Para tanto, haverá diferenciação entre “caso fortuito interno”, conexo com o risco da atividade exercida, e “caso fortuito externo”, absolutamente estranho ao negócio do agente e que rompe totalmente o nexo causal (STOCO, 2013, p. 247). Assim, o assalto em uma via pública qualquer seria simples evento externo, enquanto o assalto praticado nas dependências de um banco obrigaria este a indenizar sua vítima, porquanto o evento é interno em relação ao ramo de atividade exercido (TARTUCE, 2017, p. 384).

O próximo passo será abordar a incidência do exercício regular de direito, da legítima defesa e do estado de necessidade na responsabilidade civil.

2.5.3 Exercício regular de direito, legítima defesa e estado de necessidade

Em alguns casos o próprio ordenamento jurídico prevê a exclusão do ato ilícito, oportunidade em que não haverá responsabilização do agente, embora tenha manifestamente causado a lesão.

Na hipótese de exercício regular de direito, esta decorre expressamente do inciso I, segunda parte, do artigo 188⁸ do Código Civil ao prever que não constitui ato ilícito o exercício de um direito. Por óbvio que, se o agente está exercendo regularmente seu direito, aprovado pela lei, então não há qualquer antijuricidade, sem ato ilícito pretendo a lhe responsabilizar por danos a outrem (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 34). Na lição de Sérgio Cavalieri Filho, trata-se de direito do agente “exercido regularmente, normalmente, razoavelmente, de acordo com seu fim econômico, social, a boa-fé e os bons costumes. Quem exerce seus direitos subjetivos nesses limites age lícitamente, e o lícito exclui o ilícito” (2014, p. 34). Como exemplificam Gagliano e Pampona Filho, “quando empreendemos algumas atividades desportivas, como o futebol e o boxe, podem surgir violações à integridade física de terceiros, que são admitidas, se não houver excesso” (2014, p. 162). Mas, como adverte Rui Stoco (2013, p. 259), o excesso no exercício de tal direito pode converter-se em ato ilícito, porquanto estabelece o art. 187 do mesmo

⁸ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, 2002).

diploma legal que “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” (BRASIL 2002).

No que diz respeito à legítima defesa, o agente vê-se diante de injusta agressão, atual ou eminente, contra seus direitos ou direitos de terceiro, ao passo que estará autorizado pela lei a usar os meios necessários e proporcionais para repelir tal violação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 160). Esta violação pode abranger tanto a tutela de bens materiais quanto valores morais do indivíduo alvo da injusta agressão (STOCO, 2013, p. 273). Trata-se de hipótese expressamente prevista no inciso I do artigo 188 do Código Civil que exclui a ilicitude da conduta. Para Rui Stoco, são requisitos que caracterizam a legítima defesa: “a) a iniciativa da agressão por parte de outrem, sem que do agente tenha partido qualquer agressão ou provocação; b) que a ameaça de dano seja atual ou iminente; c) que a reação seja proporcional à agressão” (2013, p. 273). Como afirma Sérgio Cavalieri Filho, o agente diante de injusta agressão por vezes não pode esperar a tutela do Estado, de modo que é preferível se defender do dano ao suportá-lo (2014, p. 35). Por derradeiro, assim como no exercício regular de direito, ocorrendo qualquer excesso na legítima defesa, o agente será responsabilizado (STOCO, 2013, p. 273).

Além das hipóteses acima elencadas, o art. 188 traz outra circunstância em seu inciso II que afasta a ilicitude na conduta do agente: “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente” (BRASIL, 2002). Embora a redação do dispositivo legal apenas descreva a conduta, tal situação corresponde ao estado de necessidade. Neste caso, o agente exposto ao perigo iminente, visando proteger bem jurídico mais valioso, assume como única possibilidade a de causar prejuízos aos bens alheios, ou mesmo, lesões a outrem (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 158). Na lição de Sílvio de Salvo Venosa:

O agente, por exemplo, para desviar-se de um precipício, na direção de veículo, lança-se sobre uma pessoa; para desviar-se de uma árvore que tomba a sua frente inopinadamente, invade e danifica a propriedade alheia. Encontra-se justificativa para o mal causado à vítima na remoção de mal iminente. O indivíduo, na iminência de ver atingido direito seu, ofende direito alheio. (VENOSA, 2013, p. 64-65).

Em conclusão, afirma Sérgio Cavalieri Filho que a diferença entre a legítima defesa e o estado de necessidade, é que neste último o perigo eminente não decorre de injusta agressão (2014, p. 35).

Por derradeiro, importante abordar a seguinte excludente de responsabilidade, que incide no âmbito contratual da responsabilidade civil.

2.5.4 Cláusula de não indenizar

Muito criticada na doutrina por ser evidentemente incompatível com a função social do contrato, esta cláusula em verdade não exclui a responsabilidade, e sim, obsta o ressarcimento de prejuízos suportados pela vítima. Sua validade tem sido sempre considerada com cautela, sofrendo diversas restrições por imposição das normas de ordem pública características do Estado Social (STOCO, 2013, p. 252-253). Como maior exemplo disso, não se admite sua aplicação em relações consumeristas, por ser evidente a condição de vulnerabilidade do consumidor, na medida em que o artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que “é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar” (BRASIL, 1990). Flávio Tartuce, que também não vê com bons olhos tal prática, assim preconiza:

A cláusula também não incide nos casos em que houver conduta dolosa do agente ou na presença de atos criminosos da parte, igualmente pela motivação na ordem pública. Também fica em xeque a sua estipulação para a limitação ou exclusão de danos morais, que envolvem lesões a direitos da personalidade, tidos como irrenunciáveis, em regra, por dicção legal (art. 11 do CC). (TARTUCE, 2017, p. 596).

Dessa forma, acertado o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho de que a cláusula de não indenizar deve ser admitida restritivamente aos casos em que há uma “relação de igualdade” entre as partes contratantes (2014, p. 177).

A seguir, parte-se para análise de algumas especificidades referentes à responsabilidade civil objetiva.

2.6 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Esta espécie de responsabilidade civil abrange hipóteses em que não será necessário a demonstração do elemento culpa para a responsabilização do agente. Decorre de situações previstas em lei ou por exercer o agente alguma atividade que implica em assumir o risco de causar lesões, e por isso, mesmo não tendo concorrido para o evento danoso, deve repará-lo (CAVALIERI, 2014, p. 181-182). Admitida no Brasil, a responsabilização civil objetiva encontra-se expressamente elencada como cláusula geral no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

A partir disto, doutrina e jurisprudência construíram o que denomina-se “teoria do risco”, possuindo diversos desdobramentos, dos quais Flávio Tartuce lista os mais relevantes:

Teoria do risco administrativo: adotada nos casos de responsabilidade objetiva do Estado, [...] (art. 37, § 6.º, da CF/1988).

Teoria do risco criado: está presente nos casos em que o agente cria o risco, decorrente de outra pessoa ou de uma coisa. Cite-se a previsão do art. 938 do CC, que trata da responsabilidade do ocupante do prédio pelas coisas que dele caírem ou forem lançadas (defenestramento).

Teoria do risco da atividade (ou risco profissional): quando a atividade desempenhada cria riscos a terceiros, aos direitos de outrem, nos moldes do que consta da segunda parte do art. 927, parágrafo único, do CC.

Teoria do risco-proveito: é adotada nas situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa, ou seja, o agente retira um proveito do risco criado, como nos casos envolvendo os riscos de um produto, relacionados com a responsabilidade objetiva decorrente do Código de Defesa do Consumidor. Dentro da ideia de risco-proveito estão os riscos de desenvolvimento. Exemplificando, deve uma empresa farmacêutica responder por um novo produto que coloca no mercado ou que ainda esteja em fase de testes.

Teoria do risco integral: nessa hipótese não há excludente de nexo de causalidade ou responsabilidade civil a ser alegada, como nos casos de danos ambientais, segundo os autores ambientalistas (art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981). No caso de dano ambiental causado pelo

Estado, aplicar-se-ia essa teoria para essa parcela da doutrina e da jurisprudência. (TARTUCE, 2017, p. 482-483).

Assim, são exemplos na legislação esparsa, a previsão de responsabilidade civil objetiva dos fornecedores presente no Código de Defesa do Consumidor, bem como a responsabilidade civil ambiental por força da Lei nº 6.938/91 (TARTUCE, 2017, p. 483).

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade civil objetiva converge com o processo de evolução do direito, visando em prioridade garantir que a vítima, por vezes hipossuficiente quando da comprovação de culpa do agente, não reste irressarcida pelas injustas lesões aos seus bens jurídicos (STOCO, 2013, p. 214-215).

3 OS DANOS SOCIAIS

A breve abordagem acerca da responsabilidade civil e seus pressupostos básicos se mostrava imprescindível ao que será tratado a partir deste momento. Tendo sido explanado o principal pressuposto da responsabilização, qual seja, o dano e suas modalidades, é hora de se aprofundar na proposta de Antonio Junqueira de Azevedo: uma nova categoria chamada danos sociais. Em síntese, o jurista define os danos sociais 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, 2010, p. 382).

Nesse ínterim, será analisada a legitimidade dos danos sociais perante a Constituição Federal, bem como sua caracterização e reparação de acordo com as possibilidades previstas no Direito Brasileiro.

Por fim, ressalta-se que o tema é recente e o presente ensaio visa apenas contribuir para inserção do assunto ao debate acadêmico e doutrinário, portanto não será aqui tratado à exaustão.

3.1 LEGITIMIDADE PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A responsabilidade civil é atualmente importante instrumento capaz de restaurar o equilíbrio moral e patrimonial abalado por ato ilícito, bem como perseguir a justiça, impondo ao ser humano uma responsabilização por determinadas ações ou omissões. Ao acompanhar as evoluções sociais no Brasil, tal área do direito tem se transformado, demonstrando sua função social. (CASTRO, 2017, p. 10)

Tais transformações intentadas seguem no sentido de que a simples restauração de um *status quo* anterior à agressão ao patrimônio nunca atenderia ao interesse social. Vislumbra-se como ideal que o dano jamais ocorra, ou se ocorrer, jamais se repita. (CASTRO, 2017, p. 10)

Diante disso, é perceptível uma expansão de foco da responsabilidade civil, deixando de tratar exclusivamente da vítima, e passando a regular também o comportamento do agressor em casos de alta reprovabilidade ou de prática reiterada da conduta danosa. (CASTRO, 2017, p. 10)

A Carta Magna de 1988, visando à efetivação da tutela da pessoa humana, apresenta rol não taxativo de direitos que têm como objetivo a promoção

da justiça social. Isto significa que o Estado tem o dever de atuar e forma positiva nas relações humanas, mesmo no âmbito privado, buscando a igualdade material e imaterial. (CASTRO, 2017, p. 10-11)

Assim, as relações sociais adequadas são aquelas que passam pelo crivo do Estado, que por sua vez, observa estritamente os reflexos da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, pois princípio basilar do Estado Democrático de Direito. Embora a dignidade humana seja intrínseca ao homem, oriunda do próprio direito natural e dos ensinamentos do cristianismo, é necessária a norma constitucional para lhe garantir a devida proteção. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 204). Abordam Mendes e Branco acerca da contribuição feita pelo cristianismo ao reconhecimento do valor humano:

O cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 204)

Os danos sociais, nesse aspecto, tratam de reconhecer que determinadas condutas humanas são fadadas a atingir diretamente o valor intrínseco da humanidade, este que é de interesse difuso. Nesse contexto, o objetivo dos seguintes apontamentos é legitimar os danos sociais como instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana.

3.1.1 Breve histórico dos direitos sociais

A tutela constitucional como hoje conhecida decorreu de vários anos de lutas travadas pela coletividade em busca de mais e mais direitos fundamentais. Em princípio, conquistaram-se os direitos de primeira dimensão, que cobravam do Estado um comportamento negativo em relação às liberdades individuais. Desta forma, nasceu o modelo de Estado Liberal, prevendo uma intervenção estatal mínima nas relações sociais. (MENDES; BRANCO, 2012). Nessa linha, reflete a doutrina:

Outra perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações. A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião e, à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Por isso, a liberdade sindical e o direito de greve — considerados, então, fatores desarticuladores do livre encontro de indivíduos autônomos — não eram tolerados no Estado de Direito liberal. A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhe fossem colidentes. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 205-206)

Após a industrialização do século XVIII, evidenciou-se uma crise neste modelo de Estado, pois não era possível conciliar a realização do indivíduo com a exploração humana desenfreada. Nesse momento ascenderam movimentos trabalhistas que denunciavam a exacerbada desigualdade material na sociedade. Decorreu, por fim, em imposição ao Estado para que reavaliasse a possibilidade de intervenção nas relações particulares e proporcionasse as mais diversas ações positivas, objetivando ao menos uma igualdade material relativa (NOVELINO, 2015, p. 53).

Assim, restou ao Estado superar seu papel exclusivamente garantidor de negócios jurídicos entre particulares e agir em resposta aos anseios de demandas sociais, legislando em variedade para regular a economia e as relações sociais, bem como passou a implementar a prestação material ao cidadão através de políticas públicas ou serviços públicos (NOVELINO, 2015, p. 53). De acordo com Mendes e Branco:

O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo

estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pleora de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais — direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 206)

Com o respeito às liberdades individuais e a adoção de ações positivas na sociedade, concebeu-se o Estado Social, organizado da forma mais eficiente possível para se atingir a igualdade material entre os indivíduos sem ferir os direitos de primeira geração. São marcos históricos para esse modelo de Estado tanto Constituição Mexicana de 1917, quanto a Constituição Alemã de 1919, que positivaram as reivindicações sociais e consolidaram vários direitos como nunca antes na história. (NOVELINO, 2015, p. 53-54). Complementa José Afonso da Silva ao citar Lucas Verdú:

O individualismo e o abstencionismo ou neutralidade do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência da das liberdades burguesas, permitiram que ele tivesse consciência da necessidade da justiça social, conforme nota Lucas Verdú, que acrescenta: “Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social”. Transforma-se em Estado Social de Direito, onde o “qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social”. (SILVA, 2014, p. 117).

No Brasil, com inspiração no Carta Alemã, foi promulgada a Constituição Federal de 1988 que garantiu os direitos sociais prevendo-os expressamente em seu art. 6^o, ganhando o título de Constituição Cidadã diante de sua preocupação com os direitos dos cidadãos brasileiros como integrantes de uma sociedade pluralista.

⁹ Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

3.1.2 Os direitos sociais e sua força vinculativa

Com a positivação dos direitos sociais, atentou-se à observação destes em toda a sociedade, isso porque apesar de a Constituição Federal prever os direitos individuais, esta não olvidou impor a todo o ordenamento jurídico a tutela de direitos de titularidade indeterminada ou indeterminável. Ainda, soma-se a isso a promoção do bem-estar social, qual seja, o direito a uma vida dignamente feliz, com acesso à adequada educação, saúde, segurança, meio ambiente, lazer etc:

As características da Constituição de 1988 como bem explanadas se tornaram alicerce para a proteção dos direitos sociais e sua real aplicação, prevendo que Estado, por qualquer de seus Poderes, deva reconhecer e garantir estes direitos, tendo-os como invioláveis e indispensáveis a uma vida com dignidade e livre das inseguranças causadas pelo aumento do desemprego e da miséria crescentes que agonizam o sistema capitalista globalizado. (CASTRO, 2017, p. 20).

Ressalta-se que o rol de direitos sociais contidos na Lei Maior não é taxativo, porquanto o direito tem caráter dinâmico e busca sempre por novas garantias que atendam à tutela geral da pessoa humana. Portanto, o que caracteriza direitos sociais é seu objetivo de trazer igualdade material ao ser humano, principalmente quando o assunto é qualidade de vida, na medida que conceitua Alexandre de Moraes:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAES, 2014, p. 203)

E arremata o autor José Afonso da Silva:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2014, p. 289)

Para evitar que tais direitos fundamentais, incluindo-se os direitos sociais, permanecessem na letra de lei sem gerar quaisquer efeitos, o constituinte implementou a interpretação de que possuem aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF), além de diversos remédios constitucionais. A doutrina pode considerar que tais normas sejam classificadas como normas de eficácia plena, contida e limitada, porém destaque-se que não existe norma sem eficácia na Constituição de 1988. A normatividade do texto constitucional, portanto, vincula toda a sociedade. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 605).

A interpretação das normas constitucionais deve ser realizada de forma que garanta a máxima eficácia possível aos direitos fundamentais, por isso os órgãos estatais devem analisar sua aplicação à cada caso concreto. Ainda, o texto constitucional trouxe ao Poder Judiciário um protagonismo na defesa dos direitos fundamentais e o pioneirismo de tornar tais direitos cláusulas pétreas. (CASTRO, 2017, p. 19).

3.1.3 A tutela dos direitos sociais por meio dos danos sociais

A partir do alicerce oportunizado pela Constituição de 1988, é possível refletir sobre a proposta de uma nova categoria de dano: o dano social. Este se apresenta como importante instrumento para efetivação dos direitos sociais dentro da responsabilidade civil, perseguindo o ideal constitucional de preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

O grande diferencial da proposta de dano social é que visa estabelecer uma tutela coletiva de proteção ao princípio basilar do Estado Democrático brasileiro. Desta forma, diferentemente dos danos morais individuais, quando a titularidade é individualizada, e dos danos morais coletivos, de interesse de um grupo determinado ou determinável de pessoas (art. 81, parágrafo único, II e III, CDC¹⁰), os referidos danos sociais tratariam exclusivamente de lesões aos direitos

¹⁰ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: [...] II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas

sociais de pessoas indeterminadas, ou seja, em favor da sociedade como um todo. (CASTRO, 2017, p. 22). Ainda, para Bulos e Moreno a proposta parte do pressuposto de que a sociedade não possui honra subjetiva:

Esta é a proposta. Trazer o dano social, dentro da criação proposta por Junqueira, como forma de reparação dos danos sofridos pela sociedade de forma ampla, porque muitas vezes o que impede a aceitação do dano moral como forma de reparação de prejuízos sofridos pela sociedade é o fato de a coletividade não possuir honra subjetiva e portanto, não preencher os requisitos necessários para a condenação por dano moral. (BULOS; MORENO, 2016, p. 114).

Em reflexão, percebe-se que mesmo assim permanece alguma relação com os danos morais, que parte da premissa de agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, sua diferença está apenas no objeto tutelado, que é a qualidade de vida dos cidadãos. (CASTRO, 2017).

[...] é possível extrair que o dano social, embora figure como lesão extrapatrimonial, não se confunde com o dano moral, pois não resulta da ofensa a um direito da personalidade individualmente titularizado. Cuida-se, em verdade, da violação a um bem jurídico de titularidade metaindividual e incindível, qual seja, a segurança jurídica, a paz e tranquilidade social, o bem-estar coletivo (que pode ora se apresentar como direito difuso, ora como direito coletivo *strictu sensu*). Acrescente-se a isto que o dano social é apurável com maior objetividade que o dano moral, porquanto aquele, diferentemente deste, independe de uma dor íntima, abalo psicológico, frustração grave, exigindo tão somente e deterioração do bem-estar da sociedade, considerada como um todo. (BUGARIN; BUGARIN, 2016, p. 92)

Portanto, o dano social aqui tratado, merece o mesmo empenho em seu desenvolvimento que foi dado anos atrás ao próprio dano moral, visto que seu embasamento também decorre da tutela geral da pessoa humana, explícita na Carta Magna. Nesse norte é que a conclusão de Bugarin e Bugarin merece transcrição:

A bem da verdade, ao não se admitir o dano social, acaba-se por negar a própria existência de condutas violadoras da confiança de modo difuso, deteriorando a qualidade de vida do corpo social, que passa a desconfiar das instituições, desacreditar que as pessoas adotarão as cautelas necessárias no proceder e duvidar da boa-fé alheia. Ou pior, contesta-se que a segurança, de forma ampla, constitua bem jurídico tutelado pelo ordenamento e, conseqüentemente, passível de violação. [...] Dessa sorte, não há

ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

causar perplexidade a dedução de que, havendo ato ilícito violador da segurança (e, indiretamente, da dignidade da pessoa humana), o ordenamento deve oferecer algum instrumento reativo que reequilibre a situação jurídica do(s) lesado(s). (BUGARIN; BUGARIN, 2016, p. 93).

A proposta de danos sociais também guarda vínculo com a primazia da coletividade no direito privado contemporâneo, como explica Flávio Tartuce:

O conceito mantém relação direta com a principiologia adotada pelo Código Civil de 2002, que escolheu entre um dos seus regramentos básicos a socialidade, a valorização do nós em detrimento do eu, a superação do caráter individualista e egoísta da codificação anterior. Justamente por isso, os grandes ícones privados têm importante função social, quais sejam, a propriedade, o contrato, a posse, a família, a empresa e também a responsabilidade civil. (TARTUCE, 2017, p. 453).

Mais uma vez é necessário superar o caráter individualista que insiste em assombrar a sociedade. Para tanto, a responsabilidade civil dotada de uma função social deve reprimir condutas que causem lesões ao coletivo, utilizando como instrumento adequado o dano social proposto.

3.2 A PROPOSTA DE DANOS SOCIAIS

Conforme já exposto, em 2004 o renomado Professor Titular da Universidade de São Paulo, Antônio Junqueira Azevedo, propôs uma nova modalidade de dano: os danos sociais. O implemento dos danos sociais que, como foi visto, guarda compatibilidade com a Constituição brasileira, exsurge da percepção de uma lacuna no direito privado acerca de punição e desestímulo aos comportamentos socialmente reprováveis e reiterados que corroem pouco a pouco o bem-estar social. Daí percebe-se que esta nova modalidade de dano não visa apenas a reparação (a qual seria em favor da sociedade), mas sim impedir a ocorrência de ilícitos civis que obstam uma melhor qualidade de vida da coletividade. (AZEVEDO, 2010, p. 380-381).

Nessa seara, Azevedo também destaca que o conceito de danos sociais possui algumas semelhanças com o instituto dos *punitive damages* (indenização

punitiva¹¹), amplamente utilizado pelas cortes norte-americanas. (AZEVEDO, 2010, p. 377). Esse instituto, quando empregado na reparação civil, tem como principal objetivo punir e desestimular o agente agravando consideravelmente o valor da indenização, principalmente em caso de dolo ou culpa grave. Contudo, tal técnica reparatória não é empregada no Brasil, porquanto o art. 944 do Código Civil diz que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, vedando assim qualquer fixação de valor além do dano individualmente sofrido. (AZEVEDO, 2010, 377-378).

Visando à superação dessa impossibilidade jurídica, Azevedo buscou desenvolver a discussão sobre uma nova categoria de dano que, ao que tudo indica, pode ser cumulado aos danos materiais e morais já debatidos. Assim, seria possível a aplicação de uma indenização pelos danos tradicionais e ainda uma indenização pelo dano social, sem qualquer violação do ordenamento jurídico brasileiro. (CASTRO, 2017, p. 36).

As delimitações dos danos sociais, bem como alguns exemplos de sua incidência, serão tratados no item a seguir.

3.2.1 Caracterização dos danos sociais

A identificação de hipóteses em que caberia a condenação por danos sociais é feita por meio da verificação pelo Magistrado de condutas altamente reprováveis que, obedecendo um padrão de comportamento, acabam por violar a tranquilidade social. Nesse sentido, Azevedo discorre acerca daqueles atos socialmente reprováveis:

“o mesmo raciocínio deve ser feito aos atos que levam à conclusão de que não devem ser repetidos, atos negativamente exemplares – no sentido de que sobre eles cabe dizer: “Imagine se todas as vezes fosse assim!”. Também esses atos causam um rebaixamento do nível coletivo de vida – mais especialmente na qualidade de vida. (AZEVEDO, 2010, p. 381).

Os danos sociais podem decorrer diretamente da violação do art. 193 da Constituição Federal, que garantem como objetivo da ordem social o bem-estar

¹¹ “A indenização punitiva é criação do direito anglo-saxão. O objetivo originário do instituto é impor ao sujeito passivo a majoração do valor da indenização, com o sentido de sancionar condutas especialmente reprováveis. Como o próprio nome indica, é uma pena civil, que reverte em favor da vítima dos danos.” (COELHO, 2014, p. 446).

social: “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. (BRASIL, 1988).

Também se vislumbra que um padrão comportamental, principalmente nas atividades econômicas, que reiteradamente viola a boa-fé objetiva e a paz social, deve ser encarado como dano social. Nessa linha:

O dano social, enquanto espécie, é igualmente uma lesão a um bem jurídico: a paz social. Quando uma conduta é capaz de hostilizá-lo, de modo a abalar a tranquilidade e a confiança da sociedade no regular comportamento de terceiros ou na esperada evolução de uma relação jurídica (que devem ser orientados pela boa-fé objetiva), estará caracterizado o dano social. (BUGARIN; BUGARIN, 2016, p. 91).

Na tentativa de caracterizar o dano social, Friede e Aragão afirmam que este decorre de uma conduta, podendo ser comissiva ou omissiva, não necessariamente antijurídica, porém socialmente reprovável. O causador do dano social pode ser o Estado ou um particular, seja pessoa física ou pessoa jurídica. Por fim, a conduta tem que causar impacto absolutamente negativo à qualidade de vida da população (FRIEDE; ARAGÃO, 2016, p. 22). Os referidos juristas ainda apresentam uma definição para “conduta socialmente reprovável”:

Entende-se por conduta socialmente reprovável a contrariedade do fato em relação ao sentimento comum de justiça; o comportamento que afronta o que o homem médio tem por justo, correto. Há, por conseguinte, uma lesividade social inserta na conduta, provocando um efetivo dano à coletividade, independentemente de o agente ter o conhecimento de seu caráter danoso. (FRIEDE; ARAGÃO, 2016, p. 22-23).

De outro vértice, o dano social encontra-se na sociedade como um mal que é perpetrado por diversas vezes e que, se analisado no espectro social de aplicação do princípio da dignidade humana, não pode ser admitido. Cuida-se, assim, de uma tolerância costumeiramente imposta à coletividade perante o comportamento de agentes que, ao que tudo indica, priorizam o desenvolvimento mercantil em detrimento da tranquilidade socialmente esperada. A violação progressiva da paz social avança até um ponto em que torna-se impossível aos indivíduos atingidos estabelecer qualquer relação jurídica com confiança e segurança. (SANTOS, 2015, p. 59). A respeito da tese de Azevedo, também aponta-se que:

A condenação a uma sanção punitiva na esfera civil serve como uma advertência ao ofensor por parte da sociedade, que não tolera tais atos “negativamente exemplares” e, pedagogicamente, sanciona o agente (prevenção especial) e todos os potenciais autores de ilícitos análogos (prevenção geral). (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2015, p. 344).

Pois bem, feitos os apontamentos teóricos pertinentes acerca da caracterização dos danos sociais, impõe-se a necessidade de trazer à baila alguns exemplos dados por autores entusiastas do tema visando à melhor compreensão dos danos sociais. Quanto aos casos reconhecidos na jurisprudência, serão melhores tratados posteriormente.

Ao abordar o tema, Flávio Tartuce apontou várias situações as quais denomina “exemplos pitorescos” de danos sociais, porém merecedores de transcrição:

Os exemplos podem ser pitorescos: o pedestre que joga papel no chão, o passageiro que atende ao celular no avião, a loja do aeroporto que exagera nos preços em dias de apagão aéreo, a pessoa que fuma próximo ao posto de combustíveis, a empresa que diminui a fórmula no medicamento, o pai que solta o balão com o seu filho. Mas os danos podem ser consideráveis: a metrópole que fica inundada em dias de chuva; o avião que tem problema de comunicação, o que causa um acidente aéreo de grandes proporções; os passageiros atormentados que não têm o que comer (eis que a empresa aérea não paga o lanche); o posto de combustíveis explode; os pacientes que vêm a falecer; a casa atingida pelo balão que pega fogo. Diante dessas situações danosas que podem surgir, Junqueira de Azevedo sugere que o dano social merece punição e acréscimo dissuasório, ou didático. (TARTUCE, 2017, p. 455).

Outro exemplo digno de integral transcrição advém dos autores Tomás e Maurício ao considerarem a incidência de dano social na hipótese de uma empresa ter como prática costumeira negatizar seus clientes perante órgãos de proteção ao crédito, na medida em que estes cliente escolherão a opção de adimplir eventual débito, mesmo que decorrente de cobrança indevida, ao invés de considerar o Poder Judiciário e sua notória morosidade:

Um exemplo auxiliará na compreensão: suponha que uma grande empresa proceda à inscrição indevida do nome de seu cliente nos cadastros de proteção ao crédito. Por esse motivo, o cliente não obtém empréstimo necessário para quitar um débito, o que gera a incidência de multa moratória e juros. Ao lado desse dano emergente,

a anotação irregular maculou sua honra objetiva, pois ele se torna publicamente conhecido como “mau pagador”. Neste caso, estará presente o dano material e o dano moral. Imaginem, ainda, que no curso do processo judicial movido pela vítima se comprove que a empresa tem por hábito inscrever indevidamente o nome de pessoas nos sistemas de restrição ao crédito, em pequenos valores, seja com má-fé (dolo – pretensão de obter indevida vantagem econômica) ou mesmo em razão de ineficiência de gerenciamento (culpa). Imagine, ainda, que estes lesados comumente pagam o montante, sem recorrer à justiça, em virtude da baixa quantia necessária para “limpar” o nome e da dificuldade, morosidade e onerosidade de se levar o caso ao Judiciário. Nesta hipótese, estaria configurado, ao lado dos sobreditos danos material e moral, o dano social, pois toda a sociedade está exposta a essa prática ilícita deterioradora da confiança de todos em relação às empresas e aos cadastros de proteção ao crédito. Por certo, a prática ilícita violenta a tranquilidade social e a segurança jurídica. (BUGARIN; BUGARIN, 2016, p. 92).

Por fim, cabe o exemplo do próprio professor Antonio Junqueira de Azevedo. Este descreve a hipótese de uma empresa de transporte aéreo ter por habitualidade o atraso de diversos vôos. Imagina-se que muitos dos lesados podem obter sucesso ao pleitear indenização em desfavor da citada empresa. Porém, surge como conclusão óbvia que essas indenizações devidas a indivíduos determinados não exercerão relevante função pedagógica. Nessa seara é que a indenização suplementar, por reconhecimento do dano social, poderia fazer cessar tal prática manifestamente lesiva ao bem-estar social (AZEVEDO, 2010, p. 381).

3.2.2 Responsabilização por danos sociais

Há outro ponto a ser analisado: a incidência dos danos sociais na responsabilidade civil objetiva. Conforme tratado por Azevedo, em regra os danos sociais podem advir de uma conduta dolosa ou, ao menos, de culpa grave, requisitos esses que são abrangidos pelo pressuposto de culpa genérica presente apenas em casos de responsabilidade civil subjetiva. Porém o referido professor não nega a possibilidade de que podem haver situações em que seria possível caracterizar o dano social, com o agravamento da indenização, mesmo na seara da responsabilidade civil objetiva. Para o jurista, o dolo ou a culpa grave podem ser analisados pelo juiz no caso concreto para fixar a indenização por dano social, enquanto cumulativamente, a responsabilidade objetiva gera de plano o dever de indenizar quanto aos demais danos. (AZEVEDO, 2010, p. 380).

Assim, cabe uma crítica ao professor, na medida em que mostra-se imprescindível nesses casos uma conduta intensa do agente ao causar dano à sociedade, de forma que a reprovabilidade dos atos seja tão alta que realmente justifique uma indenização com o fim de punir e desestimular. (CASTRO, 2017, p. 38). Como enfatiza Carolina Pinho de Castro, nesse ponto deve ser aplicada a mesma lógica dos *punitive damages*:

Inclusive, em modelos como o anglo-saxão de *punitive damages*, há a necessidade de atendimento a requisitos rigorosos para sua concessão, como a análise da conduta do ofensor, ou seja, a aferição do elemento subjetivo do autor da lesão para a quantificação da reparação. (CASTRO, 2017, p. 38).

Em contraponto, também há o entendimento de que os danos sociais muito se diferem dos *punitive damages*, cabíveis apenas em caso de dolo e culpa grave, porquanto o objetivo da proposta seria “recompôr um dano efetivamente causado à segurança, ao bem-estar coletivo, à confiança social”. Portanto, caberia a responsabilidade objetiva com fundamento em uma “lesão efetivamente experimentada pelo corpo social”. (BUGARIN; BUGARIN, 2016, p. 107).

Em alguns casos, a responsabilidade civil objetiva também poderá ocorrer em danos sociais oriundos de atividade econômica, consagrando-se a teoria do risco anteriormente abordada, surgindo o dever de indenizar por força do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. (FRIEDE; ARAGÃO, 2016, p. 30-31).

3.2.3 A reparação dos danos sociais

Admitida a possibilidade de adoção do dano social no ordenamento jurídico pátrio, resta ainda uma obscuridade: como se daria sua reparação? Acerca deste ponto, Azevedo prontamente lista algumas opções: a) tal indenização complementar poderia ser fixada em favor da vítima no caso analisado, somando-se ao montante decorrente dos demais danos (que são individuais); b) a indenização correspondente ao dano social também poderia ser perfeitamente destinada aos fundos de reparação de bens lesados, os quais já são previstos no *caput* do art. 13 da Lei nº 7.347/85¹²; c) por fim, o jurista também cita uma hipótese prevista no

¹² Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o

Código Civil, mais especificamente no parágrafo único do art. 883¹³, de reverter valores em favor de estabelecimento beneficente a ser escolhido pelo juiz. De qualquer forma, ressalta Azevedo que a destinação das indenizações por danos sociais deve ser opção de implemento legislativo. (AZEVEDO, 2010, p. 382-383).

Nesse aspecto, vislumbra-se que a opção pela destinação dos valores correspondentes à indenização por danos sociais a um fundo de reparação ou instituição filantropa se mostram mais acertadas, porquanto a lesão atinge diretamente os interesses difusos. Nas palavras de Flávio Tartuce: “A ideia, nesse sentido, é perfeita, se os prejuízos atingiram toda a coletividade, em um sentido difuso, os valores de reparação devem também ser revertidos para os prejudicados, mesmo que de forma indireta.” (2017, p. 456). De fato, principalmente quanto ao fundo de reparação, tal conclusão resta latente na lição de Mazzilli acerca do fundo criado pelo art. 13 da Lei nº 7.347/85:

Esse fundo, que hoje se chama *Fundo de Defesa dos Direitos Difusos*, por definição legal, tem a finalidade primordial de viabilizar a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a **outros interesses difusos e coletivos** [...] Segundo a lei vigente, se o produto da indenização se referir a danos *indivisíveis*, irá para o fundo do art. 13 da LACP, e será usado de maneira bastante flexível, em proveito da defesa do interesse lesado ou de interesses equivalentes àqueles cuja lesão gerou condenação judicial. (MAZZILLI, 2015, p. 602-603). (grifou-se)

A hipótese de a indenização por danos sociais ser destinada à vítima no caso concreto, porém, não deve prosperar. Esta afirmativa decorre de duas constatações: primeiro, sabe-se que o direito brasileiro expressamente veda o enriquecimento sem causa (at. 884 do Código Civil¹⁴), já que obviamente esta seria a consequência de uma indenização suplementar, com caráter punitivo-pedagógica, fixada em valor mais alto. Segundo que, a princípio, a vítima não teria legitimidade

Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. (BRASIL, 1985).

¹³ Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz. (BRASIL, 2002).

¹⁴ 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. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. (BRASIL, 2002).

para pleitear indenização por lesão a interesses difusos (coletivos). Ideal seria obedecer a legitimidade imposta pelo ordenamento jurídico para pleitear danos a interesses difusos, em especial a exercida pelo Ministério Público, como ressalta Teori Albino Zavascki:

Quanto ao Ministério Público, sua legitimação para a tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos constitui função institucional que tem a chancela superior da Constituição Federal (art. 129, III). Não há limitador explícito para a legitimação, a não ser o decorrente da natureza dos bens tutelados. A legitimação é para a defesa de “interesses difusos e coletivos”, que não se confundem com direitos ou interesses de entidades públicas (cujo patrocínio, pelo Ministério Público, é expressamente vedado pelo inciso IX do art. 129 da Constituição), ou com direitos individuais (cujo patrocínio, por esse órgão, só é admitido quando forem indisponíveis ao seu titular – art. 127, *caput*). (ZAVASCKI, 2014, p. 62).

Nesse mesmo sentido, deve ser levado em conta também o enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “A expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”. Assim, ao listar os danos sociais como modalidade de dano, o citado enunciado também prevê que a reclamação deve partir daqueles legitimados para exercer a defesa de direitos coletivos, quais sejam, o rol do art. 5º, incisos, da Lei nº 7.347/85¹⁵.

Ao que tudo indica, cabe aos legitimados às ações coletivas, como o Ministério Público, demandarem condenação por danos sociais, inclusive em ação apenas para este fim, visto que a legislação infraconstitucional lhes confere “a possibilidade de defenderem *quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos*”. (MAZZILLI, 2015, p. 819-820).

Noutro giro, porém, Flávio Tartuce milita pela interpretação dos danos sociais como norma de ordem pública, o que permitiria ao juiz fixar de ofício a indenização correspondente, mesmo em ação individual. O autor cita como fundamento legal a proteção constante do Código de Defesa do Consumidor:

¹⁵ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. [...] (BRASIL, 1985).

“Sendo assim, toda a proteção constante da Lei Consumerista pode ser reconhecida de ofício pelo julgador, inclusive o seu art. 6º, inc. VI, que trata dos danos morais coletivos e dos danos sociais ou difusos”. (TARTUCE, 2017, p. 458-459).

Por derradeiro, a quantificação da indenização por danos sociais deve ser pautada na razoabilidade. O magistrado deverá analisar diversos fatores, visto que ainda há um vácuo normativa que estabeleça qualquer parâmetro de fixação. A jurisprudência também pode auxiliar na tarefa de estipular um *quantum* indenizatório, estampando alguns limites objetivos que evitem disparidades, seja por fixação de uma indenização excessiva, logo injusta, seja por uma indenização ínfima, que não promova os efeitos desejados. Dessa forma, são alguns fatores importantes e que devem ser analisados: a) a condição da vítima e a intensidade de seu sofrimento; b) a situação econômica do agente; c) as vantagens que o agente obteve com sua conduta ilícita; d) a intensidade do dolo ou grau da culpa; e) a gravidade da lesão, bem como sua repercussão social. (CASTRO, 2017, p. 43).

Com certeza os critérios de fixação mais relevantes serão a condição econômica do agente e a reprovabilidade da conduta, visto que a indenização deverá ser fixada em montante que resulte em desestímulo à repetição de lesão contra a sociedade. Do contrário, o agente ao perceber que obtém vantagens com tais condutas, mesmo que pagando indenizações por danos individuais, vislumbraria uma premissa de que pode pagar pelo ilícito perpetrado. (CASTRO, 2017, p. 43). Dessa forma, concluem Friede e Aragão que “a indenização a ser fixada não poderá ser módica diante da capacidade econômica do agente, pois se o for estará premiando aquele que praticou o ilícito” (2016, p. 35).

Feitas as delimitações teóricas que embasam a proposta de Antonio Junqueira Azevedo, segue o presente ensaio quanto aos tímidos passos em favor dos danos sociais na jurisprudência pátria.

3.3 OS DANOS SOCIAIS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A proposta do renomado professor Antonio Junqueira de Azevedo não passou despercebida pelos julgadores. Em muitos casos na jurisprudência, sua tese passou a ser difundida e debatida, demonstrando a viabilidade prática dos danos sociais no direito brasileiro.

Nesse passo é que surgiram alguns julgados especialmente relevantes no início da implementação dos danos sociais, dos quais dois em especial merecem análise, principalmente quanto à fundamentação dos julgadores nas condenações baseadas em nova modalidade de danos, durante lapso de tempo do qual não havia entendimento pacificado.

Posteriormente, também será abordada a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à incidência de danos sociais na Reclamação nº 12.062/GO, principalmente no tocante à decisão *extra petita* e destinação de valores a terceiro não integrante da lide.

Por fim, será abordado um julgado recente do Tribunal de Justiça de São Paulo que mostra inovadora aplicação dos danos sociais.

3.3.1 Relevantes condenações por danos sociais

O processo de adoção da tese de danos sociais na jurisprudência brasileira se deu especialmente em relação a dois julgados. O primeiro caso de condenação por danos sociais a ser analisado tem surgimento no Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul e trata de uma fraude perpetrada em sistema de loterias. Na oportunidade, foi reconhecida de ofício a incidência de danos sociais e fixada indenização a ser revertida em favor do fundo estadual de defesa do consumidor, conforme ementa integralmente transcrita a seguir:

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. 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. 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. 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. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. (Recurso Cível Nº 71001249796, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 27/03/2007).

Ao analisar o recurso inominado, o colegiado fundamentou que os danos individuais causados em se retirar a chance de vencer foram ínfimos, porquanto “pequenos, fragmentados e dispersos pela população”, ao mesmo tempo que do ponto de vista global, a fraude proporcionava vantagem patrimonial absurda à requerida em detrimento de vários apostadores de boa-fé (acórdão, p. 7). Nesse sentido, vislumbrou-se que a adoção de uma função punitiva da responsabilidade civil, com o reconhecimento de danos sociais, seria a melhor medida diante de prática socialmente reprovável aos olhos da população gaúcha:

Assim, como os danos sociais causados pela ré foram maiores do que os danos individualmente sofridos pelos autores das diversas demandas que já aportaram na justiça – e que servem de termômetro da justa indignação do povo gaúcho, que não tolera fraudes e desonestidades, mormente quando nela estão envolvidas pessoas oriundas de países vizinhos – é caso de aplicação da função punitiva da responsabilidade civil, condenando-se a requerida a pagar uma espécie de pena privada. (acórdão, p. 12).

A partir disto, a destinação dos valores correspondentes à indenização por danos sociais foi destinada a fundo de defesa de direitos difusos específico quanto a consumidores, do qual o estado gaúcho já se valia para condenações por danos coletivos à essa categoria. Fundamentou-se que, constatados que os danos individuais foram mínimos, não seria correto ao Poder Judiciários fixar, em favor do autor da ação, indenização por dano social com valor que ultrapasse o dano material

individualmente experimentado com a compra de cartelas, sob pena de restar caracterizado o que se denominou “super compensação” (acórdão, p. 13-14).

No segundo caso merecedor de abordagem neste ensaio, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu de ofício os danos sociais em demanda individual após verificar que uma seguradora de saúde tinha por habitualidade descumprir contratos e entendimento jurisprudencial, negando atendimento de emergência aos seus segurados. Mais que isso, a seguradora já havia sido demandada naquele mesmo tribunal diversas vezes pela prática de tais transgressões e mesmo assim forçava os segurados impotentes a demandar no Poder Judiciário o cumprimento dos contratos, sendo inadmissível que a conduta continuasse a ser tolerada. Dessa forma, o colegiado fixou indenização por danos sociais a ser revertida em favor de um hospital paulista, independentemente da indenização devida por danos morais individuais e que serão destinadas ao autor da ação. Segue a transcrição da ementa:

PLANO DE SAÚDE. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinado que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida. DANO MORAL. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, conseqüentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva. DANO SOCIAL. Caracterização. Necessidade de se coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. Configuração pelo caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa. Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte. (TJSP; Apelação 0027158-41.2010.8.26.0564; Relator (a): Teixeira Leite; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 18/07/2013; Data de Registro: 19/07/2013).

O relator do caso fundamentou que cabe ao Poder Judiciário observar os ditames constitucionais e efetivar uma função social da responsabilidade civil. Em casos como este, a sociedade espera do julgador uma decisão que “puna o agente contraventor com a retirada de lucro desmedido que se obteve à custa das transgressões dos contratos massificados e que vitimizam consumidores impotentes” (acórdão, p. 19). Assim, a única forma de remediar a situação de insegurança social, razão de “minguadas indenizações individuais”, é a aplicação de

uma indenização por danos sociais com caráter manifestamente punitivo (acórdão, p. 19-20). Como anteriormente exposto a partir do entendimento de Flávio Tartuce (2017, p. 458-459), o reconhecimento de ofício dos danos sociais nesse caso se deu pela interpretação do direito do consumidor como norma de ordem pública, não constituindo qualquer arbitrariedade (CASTRO, 2017, p. 50).

Com a multiplicação dos casos de condenação por danos sociais, chegou ao Superior Tribunal de Justiça a reclamação nº 12.062/GO, que será abordada a seguir, e alterou o entendimento quanto às demandas desse tipo.

3.3.2 O entendimento do STJ na Reclamação nº 12.062/GO

Sabe-se que o direito também tem fonte na jurisprudência, principalmente em relação às reiteradas decisões de tribunais superiores. Não foi diferente em relação ao tema, que carecia do desenvolvimento de uma tese a ser observada pelo Poder Judiciário na aplicação do direito positivo.

Assim, foi ajuizada no STJ em 2013 a reclamação nº 12.062/GO formulada pelo Banco Bradesco a fim de reconhecer a nulidade de decisão da Turma Recursal Cível e Criminal da 12ª Região do Estado de Goiás que lhe condenou, de ofício, ao pagamento de indenização à título de danos sociais, a serem revertidos em favor de entidade da sociedade civil. Ao analisar o caso, a Segunda Seção julgou procedente a reclamação, editando a tese: “É nula, por configurar julgamento *extra petita*, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide”, conforme ementa logo transcrita:

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 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).

Na origem, a autora ajuizou ação pedindo danos morais e materiais por valores indevidamente cobrados pela instituição financeira, à título de taxas bancárias, pela manutenção de cartão de crédito que nem sequer foi solicitado. O juiz *a quo* reconheceu não só os danos individuais, mas também constatou que o banco praticava tais lesões de forma reiterada em detrimento de seus clientes, justificando a condenação de ofício por danos sociais. Irresignado com a decisão, o Banco Bradesco interpôs recurso inominado, porém restou improvido pela Turma Recursal.

Na reclamação, a instituição financeira alegou que a decisão da Turma Recursal impôs o pagamento de indenização suplementar que não foi requerida na exordial pela autora e que o julgamento na origem foi fundamentado em fatos externos aos trazidos em ação individual, o que a reclamante denominou de "experiência pessoal do magistrado" (acórdão, p. 4). Também aduziu que, sendo o dano social verdadeira lesão ao interesse da coletividade, o meio processual próprio para demandar tal indenização seria a Ação Civil Pública e não uma ação individual.

Seguindo o entendimento manifestado pelo representante do Ministério Público, que também pugnou pela procedência da reclamação, a Segunda Seção aplicou de forma analógica o artigo 543-C do CPC de 1973¹⁶ (vigente à época), dispositivo que previa a construção de teses para julgamento de demandas repetitivas em sede de Recurso Especial. Assim, como efeito de julgamento, a tese firmada pelo STJ se estendeu aos demais casos em andamentos nos juizados especiais.

Em análise ao mérito da reclamação, foram identificados dois pontos que configuraram a controvérsia: o julgamento *extra petita*, por provimento não pedido na

¹⁶ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. [...] (BRASIL, 1973).

exordial, e o benefício destinado a terceiro que não integrava a relação processual em juízo (CASTRO, 2017, p. 52). Ao fundamentar, o relator concluiu que o acórdão impugnado “extrapolou de forma clara os limites objetivos e subjetivos da demanda, na medida em que conferiu provimento jurisdicional diverso daqueles delineados pela autora da ação na exordial, bem como atingiu para beneficiar terceiro alheio” (acórdão, p. 19). De outro giro, esclareceu que mesmo que eventualmente fosse requerido na exordial a condenação por danos sociais, a autora careceria de legitimidade para tal pleito em ação individual, porquanto apenas os legitimados para demandas coletivas estariam autorizados a defender interesses coletivos (acórdão, p. 19-20). Diante destes fundamentos, a Segunda Seção decidiu por unanimidade anular a decisão judicial que condenou o Banco Bradesco a pagar indenização por danos sociais.

Analisando o acórdão da reclamação, ressalta Carolina Pinho de Castro que persistiu uma obscuridade: não houve aprofundamento sobre os critérios para definir se os “fundos sociais” destinados a financiar programas de desenvolvimento social seriam caracterizados como terceiro estranho à lide (CASTRO, 2017, p. 56). Nesse diapasão, resta em geral o entendimento manifestado pela Ministra Nancy Andrighi ao proferir seu voto no julgamento do Recurso Especial nº 636021/RJ: “Assim, o ressarcimento de danos coletivos, não deve favorecer este ou aquele indivíduo, mas, sim, um Fundo cuja gestão se submeta a regras de participação popular, tal como disposto no art. 13, LACP” (acórdão, p. 17).

A aplicação de danos sociais vem ganhando força na jurisprudência e sua ampla aplicabilidade pode servir para sanar alguns casos de responsabilização que até então estariam limitados à ínfima indenização individual, sem qualquer efeito dissuasório em relação ao agente. A seguir, será abordada uma aplicação inovadora em relação ao dano social.

3.3.3 Um exemplo de ampla aplicação dos danos sociais

Na atualidade, tem aumentado o reconhecimento de danos sociais pelos julgadores, porquanto uma indenização com esse caráter punitivo e dissuasório se aplica a várias situações até antes sem uma tutela adequada, ou quando esta existente, faltava-lhe a devida efetividade.

Embora os exemplos e casos trazidos à baila até então remetessem em geral a danos sociais perpetrados na esfera consumerista, a aplicação dessa modalidade é ampla, como se vê em um julgado recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do qual se extrai a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Pretensão do Município de São Paulo à reparação dos danos materiais e sociais sofridos em manifestação contra o aumento da tarifa do transporte público. Contexto das manifestações políticas de junho de 2013. Fato multitudinário. Análise do nexo causal que se desloca para o campo da causalidade alternativa. Responsabilidade solidária de todos os componentes do grupo. Inteligência do art. 942 do Código Civil. Danos sociais. Sensação generalizada de insegurança. Depredação do patrimônio público e privado. Afronta ao exercício legítimo e democrático do direito de manifestação. Recurso não provido. (TJSP; Apelação 1015707-41.2014.8.26.0053; Relator (a): Heloísa Martins Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/05/2018; Data de Registro: 16/05/2018).

No caso acima exposto, o Município de São Paulo demandou indenização por danos materiais, bem como danos sociais, em face de manifestante que participou, juntamente com outros, de ato de depredação da sede da Prefeitura Municipal. A condenação por danos sociais se mostrou didática ao passo que ações de grupos isolados, como aquele que o referido agressor integrava durante as manifestações populares ocorridas em junho de 2013, “não apenas provocaram uma sensação generalizada de insegurança e resultaram na depredação de patrimônio privado e público”, mas também surgiram como “fator determinante de inversão do apoio popular aos protestos”, o que entendeu-se como afronta indireta ao próprio direito de manifestação (acórdão, p. 11-12). Dessa forma, nesse caso peculiar, a conduta absurda e altamente reprovável de particular necessitava de uma resposta judicial que ultrapassasse mera reparação pelos danos materiais causados. De outro norte, como se vê, a ação foi proposta por um dos legitimados a defender interesses coletivos ou difusos em juízo (art. 5º, inciso III, da Lei nº 7.347/85).

De fato, determinadas condutas se mostram tão graves que, mesmo isoladas, devem receber atenção especial na aplicação dos princípios constitucionais. Assim se consagra cada vez mais uma função social da responsabilidade civil, porquanto o escopo passa a abranger não só a reparação, mas uma pena civil com efeito didático que exerça função preventiva, resguardando interesses difusos que não podem ser economicamente mensurados. A

responsabilidade civil deve ir além da indenização, por danos já ocorridos, e desenvolver mecanismos que evitem eventual lesão aos direitos mais valiosos à coletividade, estes eternamente ligados à cláusula geral de proteção da dignidade humana. Seria a superação de um paradigma, como discorre Venturi:

A superação do paradigma da responsabilidade exclusiva pelo passado e a preocupação com a responsabilidade pelo futuro está na base da construção da responsabilidade civil preventiva, fundamentando-a na medida em que cria renovadas perspectivas de atuação do sistema jurídico, não mais apenas para indenizar danos produzidos por comportamentos pretéritos, mas sobretudo medidas para evitar ou conter práticas passíveis de produzir danos ou fundado risco de danos sociais ou individuais graves e irreversíveis. (VENTURI, 2014, p. 201).

É nesse contexto que cabe o estudo de mecanismos cada vez mais em tela na responsabilidade civil preventiva e sua compatibilidade com a aplicação dos danos sociais.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA

A responsabilidade civil figura lugar especial no ordenamento jurídico como instrumento de efetivação da justiça social, com o escopo de fornecer meios para restaurar a igualdade em determinadas relações sociais ou jurídicas. Nesse diapasão, tem-se como único primado da responsabilidade civil, principalmente no Direito Brasileiro, a reparação de lesões.

A partir dessas observações, surgiu na doutrina a concepção de que a responsabilidade civil como se apresenta atualmente seria, na verdade, um “direito de danos”, ao passo que complementa Venturi:

As mudanças vivenciadas pela sociedade contemporânea em razão das relações de massa, pautadas no dinamismo, na impessoalidade e na efemeridade, revelaram-se especialmente nocivas quanto ao extraordinário incremento de danos causados à coletividade, passando a ser afirmar que a expressão mais adequada para caracterizar o atual momento da regulação da responsabilidade civil seria “direito de danos”. (VENTURI, 2014, p. 43).

Assim, o Direito Civil contemporâneo ao superar o caráter patrimonialista, que já possui regulamentação abundante para tutela, tem dirigido seu foco de atuação na proteção da pessoa humana, tendo em vista a meta de efetivar a dignidade humana esculpida na Lei Maior. Tem-se que, a partir daí, é necessário um “redimensionamento” da responsabilidade civil, principalmente quanto aos danos graves e irreversíveis na atual sociedade globalizada nas esferas de interesses individuais, coletivos e difusos, aos quais a aplicação do ponto de vista meramente reparatório não tem sido suficiente para exercer a tutela desejada. (VENTURI, 2014, p. 46-47).

Diante de uma “crise” do instituto em oferecer uma tutela efetiva aos direitos inerentes à pessoa humana, emergiu então o desafio de se construir a responsabilidade civil preventiva, não excluindo a fundamentação com base na reparação, mas sim integrando um viés preventivo que torne cada vez mais próxima a proteção integral idealizada na Carta Magna e consagre o caráter dinâmico do Direito. (VENTURI, 2014, p. 49).

A discussão muito interessa à aplicação dos danos sociais já explicitados, visto que alguns danos à sociedade, a princípio, seriam tão imensuráveis quanto os danos morais individuais. A prevenção e seus respectivos instrumentos, nessa linha,

pode ser meio ideal para evitar danos graves e irreversíveis à tranquilidade social, segurança jurídica etc, como será tratado a seguir.

4.1 A CRISE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil, embora no momento contemporânea traga como pressuposto indispensável a existência de um dano ou prejuízo patrimonial, em verdade surgiu para reprimir tal resultado lesivo. Contudo, tem-se hoje a segurança de que se não houve dano concreto, não podem ser invocadas as regras da Responsabilidade Civil, quais sejam, as que impõem o dever de indenizar. Porém, como busca explicar Bruno Leonardo Câmara Carrá, a imprescindibilidade do dano na reparação civil não passa de uma construção recente na história do direito. Segundo o autor, ao remontar as instituições romanas, verifica-se que a ilicitude civil por vezes tinha o mesmo tratamento que o ilícito penal, na medida que a sanção civil poderia incidir na forma de reprimenda mesmo sem a constatação de um dano concreto. (CARRÁ, 2015, p. 7-8).

Isso leva a uma noção de que a Responsabilidade Civil incide no momento da conduta ilícita, antijurídica, e não da produção de um dano. A reparação civil, assim, seria apenas uma consequência do ponto de vista patrimonialista. Nas palavras de Gondim:

Ao contrário, o que se verifica pela noção patrimonialista que lhe foi atribuída, a obrigação de indenizar é apenas uma das possíveis consequências da responsabilidade civil. Assim, pensar o instituto como sinônimo de reparação não é o adequado, não foi neste sentido que foi desenvolvido. Em verdade, *o instituto diz respeito a ser responsável diante da violação de um dever jurídico*, um comportamento que deveria ser adotado e não o sendo é considerado como contrário ao ordenamento jurídico, assim, não haveria a necessidade da ocorrência do dano para a sua caracterização. (GONDIM, 2015, p. 45).

Na medida em que a evolução da sociedade trouxe uma enxurrada de potenciais danos, despertou em alguns juristas o reconhecimento de que fundamentar a responsabilidade civil apenas na reparação não era mais satisfatório para tutelar direitos, como descreve Carrá:

O exponencial crescimento dos danos, e de sua potencialidade de afetar de forma cada vez mais insidiosa a vida humana, motivou uma

plêiade de autores, sobretudo de origem francesa, e revisar as próprias bases conceituais da Responsabilidade Civil. Diante desse inédito grau de lesividade, bem como da latência dos riscos que nos acometem a todos, a noção de responsabilidade, dizem, não poderia mais ser limitada a sua “simples” reparação. Seria imperioso que ela passasse a disciplinar *ex ante* os próprios eventos de forma a evitá-los. (CARRÁ, 2015, p. 11).

Isso quer dizer que ao se encarar a sociedade do século atual, com o aparecimento cada vez maior de diversas características de danos aos interesses individuais e difusos, e adotar-se uma mirada a partir da justiça social, percebe-se latente uma verdadeira crise de efetividade no direito e, conseqüentemente, na Responsabilidade Civil. Tal fato, com toda a certeza, é óbice a um regime jurídico de responsabilização que consagre não só uma prestação jurisdicional aprimorada, mas a formação de uma “consciência coletiva” em relação às condutas socialmente toleráveis ou reprováveis. (VENTURI, 2014, p. 48).

Diante dessas reflexões, surgiu a construção teórica de uma Reponsabilidade Civil preventiva ou sem danos, que se impõe diante de todo o estudo tradicional do instituto para uma resposta que ultrapasse sua função reparatório, integrando uma função diretamente preventiva de antecipação aos danos, com instrumentos que evitem sua ocorrência. Como constata Carrá, no mundo contemporâneo “a agressividade dos danos e sua incidência persistente especialmente sobre a saúde, honra e bem-estar humanos, impele à revisão das bases conceituais da Responsabilidade Civil”. (CARRÁ, 2015, p. 11).

4.1.1 O “direito de danos”

Nesse passo, parte da doutrina moderna, diante das técnicas de reparação independente de culpa e pelo risco da atividade (responsabilidade objetiva), passou a enxergar a Responsabilidade Civil atual como um “direito de danos”. Isso porque se abandonou o caráter sancionador da reparação, de impor “castigo”, movendo o escopo antes sobre o agente causador da lesão para a reparação devida a quem concretamente a sofreu, sedimentando a própria primazia do dano entre os pressupostos da reparação, como bem sintetiza Venturi:

Propiciar à vítima uma reparação efetiva, desfazendo tanto quanto possível os reflexos dos prejuízos causados, sobretudo diante do surgimento e da expansão de novos danos, representa tendência já consolidada pela

legislação e absorvida pelos operadores do sistema de justiça; Essa nova metodologia exigiu (e ainda exige) uma ressystematização dos pressupostos para a reparação, passando o dano a ocupar o lugar da absoluta primazia. (VENTURI, 2014, p. 65).

A partir disso, constata-se um reducionismo da Responsabilidade Civil, visto que se perdeu o interesse do instituto em prevenir lesões, como comenta Gondim:

Pensar em responsabilidade civil apenas como reparação do dano significa um reducionismo do instituto que foi criado não apenas para encontrar um responsável, mas evitar que danos ocorressem (o sentido da prevenção intrínseco do Direito) e se ocorressem fossem reparados. Não há que se falar apenas em reparação de danos. (GONDIM, 2015, p. 145).

Os principais fatores que acabaram por promover a construção de um “direito de danos” são listados por Venturi, dos quais se destacam: a antijuricidade como comportamento contrário ao direito, sem vinculação com a culpa do agente; a concepção da culpa normativa; a coexistência no ordenamento jurídico tanto da responsabilidade subjetiva, quanto da responsabilidade objetiva; o desenvolvimento de hipóteses de culpa presumida; a expansão de legitimados para pleitear a reparação, conforme as vítimas alcançadas pelo dano; a responsabilização solidária e a socialização de danos; e a mitigação progressiva do nexu causal. (VENTURI, 2014, p. 66).

Na lição de Anderson Schreiber podem ser encontradas críticas ao “direito de danos”, onde o autor constata uma fase de “erosão dos filtros de reparação” na Responsabilidade Civil:

No afã de proteger a vítima, o Poder Judiciário dispensa, com facilidade, a prova de culpa e do nexu causal, mostrando-se interessado não em quem gerou o dano, mas em quem pode suportá-lo. A *erosão dos filtros de reparação* corresponde, portanto, não a um endêmico despreparo dos juízes com relação a uma disciplina secular – como desejam os cultores da responsabilidade civil –, mas a uma revolução gradual, silenciosa, marginal até, inspirada pelo elevado propósito de atribuir efetividade ao projeto constitucional, solidário por essência, a exigir o reconhecimento de que os danos não se produzem por acaso ou fatalidade, mas consistem em um efeito colateral da própria convivência em sociedade. (SCHREIBER, 2009, p. 7).

Assim é que a Responsabilidade Civil passou por transformações nas últimas décadas, mas todas as técnicas desenvolvidas visaram unicamente a plena reparação das vítimas, ignorando quaisquer efeitos no comportamento do causador de danos. Observa Gondim que “para o ‘Direito de Danos’ pensar a conduta do ofensor seria um retrocesso, diante do grande avanço da responsabilidade objetiva, que teria deixado para trás toda a necessidade de se olhar e estudar a conduta que ocasiona o dano” (2015, p. 145). A proposta de um viés preventivo não faz mais do que igualmente clamar por uma nova transformação do instituto, nos ditames da dinamicidade do Direito.

4.1.2 Problemas na aplicação do princípio da reparação integral

Outro ponto que dá força à construção de uma Responsabilidade Civil Preventiva é a constatação de que o princípio da *restitutio in integrum* (reparação integral) mostra-se cada vez mais inadequado à proteção da dignidade da pessoa humana.

Este princípio norteia a reparação civil, tendo como objetivo restabelecer o equilíbrio social anterior ao dano. Assim é que na visão tradicional da Responsabilidade Civil, a ideia de justiça corresponde ao resgate do *status quo* por meio da reparação. (VENTURI, 2014, p. 67). Nesse diapasão, impõe-se ao agente causador do dano a obrigação de transferir parte de seu patrimônio à vítima, buscando-se chegar o mais próximo possível da situação que esta experimentava antes da lesão, porém dificilmente se alcança a plena reparação. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2015, p. 22).

O princípio da reparação integral se encontra exposto no *caput* do artigo 944 do Código Civil, do qual se extrai que a reparação é realizada por meio de indenização fixada na mesma dimensão da extensão do dano: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Porém, não há no dispositivo, qualquer interpretação de uma função punitiva da reparação:

O dispositivo enfaticamente relaciona a dimensão dos danos sofridos pelo ofendido com a respectiva reparação e se distancia de qualquer escopo punitivo, pois na sua hermenêutica literal a reparação se relaciona com os efeitos danosos sobre a vítima, independentemente do dolo ou elevado grau de culpa do ofensor. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2015, p. 22).

Pois bem, de acordo com o referido princípio, a reparação pode acontecer de duas formas: *in natura* e por pecúnia. No primeiro caso, a vítima será restituída do mesmo bem do qual foi tolhida, ou seja, o agente causador do dano irá transferir ao lesado um bem em substituição àquele que foi deteriorado, bem como irá cessar qualquer lesão. Não sendo possível, por algum motivo, a reparação natural, deverá ser realizada através do pagamento de uma indenização pecuniária equivalente ao dano. Também nada obsta de se cumular ambas as formas de reparação visando um resultado mais próximo da reparação integral. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2015, p. 22).

Em análise, tem-se que o princípio da reparação integral possui um viés absolutamente patrimonialista, para o qual é perfeitamente adequado. Do patrimônio individual lesado, haverá a reparação *in natura* do bem perdido ou deteriorado e, se por qualquer motivo isto não for possível, haverá o pagamento de valor equivalente em dinheiro. (VENTURI, 2014, p. 69).

Noutro norte, nos casos em que a lesão atinge direitos da pessoa humana (danos extrapatrimoniais), embora tenha prevalecido seu uso, não se mostra tão satisfatória uma reparação por pecúnia. Como não se trata de lesão a bem material, a reparação se dá de outra forma: por meio da compensação. Venturi entende que a compensação “busca o reequilíbrio social não pela reposição do bem violado ao seu estado anterior, mas, sim, por alguma satisfação que possa contrabalancear o mal causado, muito embora esse não possa ser apagado” (2014, p. 71). Dessa forma, não há precisão na reparação por danos morais ou extrapatrimoniais naqueles termos da reparação integral. (VENTURI, 2014, p. 71). A doutrina civilista também tem suas críticas:

A reparação por dano moral, por definição, é uma tutela posterior ao dano. E não restaura, pela própria natureza das coisas, o estado anterior. A tutela ótima, para os bens não patrimoniais, é preventiva, evitando que o valor protegido seja destruído, para (só depois) ser monetariamente compensado. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2015, p. 139).

O magistrado, em busca de fixar o *quantum* indenizatório, avalia alguns critérios doutrinários como a gravidade do dano, grau de culpa do agente e a capacidade econômica das partes, tudo visando atribuir valor a um bem que não é economicamente mensurável. (GONDIM, 2015, p. 115-116). Ao mesmo tempo, deve

haver o cuidado ao se aferir o valor da indenização de modo que não seja tão ínfimo que torne a condenação meramente simbólica ou, sendo exorbitante, traga à vítima um enriquecimento sem causa. (VENTURI, 2014, p. 80).

Outra crítica quanto à reparação por danos extrapatrimoniais insere-se no fato de que atribuir a este tipo de lesão um valor meramente patrimonial promove a sensação de que a lesão aos interesses existenciais é tolerada, bastando ao agente causador do dano estar disposto a desembolsar valor que se destinará à compensação da vítima (VENTURI, 2015, p. 84). Nesse mesmo sentido, observa Anderson Schreiber que “a manutenção de um remédio exclusivamente pecuniário aos danos extrapatrimoniais induz à conclusão de que a lesão a interesses existenciais é a todos autorizada, desde que se esteja disposto a arcar com o ‘preço’ correspondente” (2009, p. 191-192).

Não obstante, vem surgindo teoria denominada de “despatrimonialização da reparação”, que visa propor outros meios de reparação que não a pecuniária. Um exemplo bem evidente disso é a admissão de condenação à retratação pública. Trata-se de desagravo, inclusive previsto no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, o qual diz que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Tal solução eventualmente é adotada por tribunais brasileiros. (GONDIM, 2015, p. 117-118).

Nesse passo, como brevemente discutido, há manifesta ineficiência do ordenamento jurídico na tutela dos interesses mais essenciais ao ser humano, o que enseja a refundamentação da Responsabilidade Civil por uma visão preventiva.

4.1.3 Um paradigma preventivo

Tem-se por certo que a Responsabilidade Civil evoluiu bastante nas últimas décadas a fim de oferecer uma tutela mais efetiva aos direitos. Isso é evidente em aspectos já comentados, como a dispensa de requisitos como a culpa e a flexibilização do nexo de causalidade. Mas todas essas mudanças sempre objetivaram um único e tradicional propósito: viabilizar a reparação.

Com o aparecimento de novos danos, principalmente aqueles com evidente repercussão social, a pergunta que surge é se não seriam também necessários mecanismos que evitem a lesão aos mais variados interesses pautados na dignidade humana. Nesse sentido é que Venturi conclui:

[...] diante de novos tipos de danos, até então inimagináveis e com efeitos considerados nefastos para a sociedade em geral, a proteção da integridade e da inviolabilidade dos direitos essenciais da pessoa deve vir em primeiro lugar [...] o direito da responsabilidade civil não deve constituir-se como um mecanismo a funcionar apenas **ex post** (após a ocorrência do evento danoso), mas também, e sobretudo **ex ante** (tendo como objetivo a inviolabilidade dos direitos e a prevenção de danos). (VENTURI, 2014, p. 87). (grifo da autora)

Noutro posicionamento, o paradigma da prevenção teria seu advento com a construção da responsabilidade por danos no Direito Ambiental, o qual prevê o uso de técnicas preventivas contra lesões ao meio ambiente e à saúde humana em geral (interesses coletivos e difusos) (CARRÁ, 2015, p. 40). Como comenta Carrá, “a constatação da ineficiência do modelo reparador, hoje mencionado na doutrina francesa como ‘curativo’, forneceu, assim, as condições necessárias para o desenvolvimento de uma lógica de gestão distinta da tradicional” (2015, p. 42). Nesse passo, destaca-se o surgimento dos princípios da prevenção e da precaução, que norteiam a responsabilidade por danos ambientais. Acerca do primeiro princípio, estabelece Carrá que:

Autoriza-se a tomada de medidas antecipatórias com fundamento em fatos cujo acontecimento pode ser estimado com alto grau de certeza. Essas são as duas elementares fundamentais para sua compreensão: (1) a expectativa de lesão; (2) um grau alto de probabilidade de que ela possa ocorrer em consonância com dados que sejam aceitos como válidos pela comunidade científica. (CARRÁ, 2015, p. 46).

Note-se que o princípio da prevenção na esfera ambiental trabalha com a certeza científica do resultado lesivo. Em se tratando do Direito Privado, alguns autores entendem que “toda pessoa ostenta um dever *ex ante* de evitar causar um dano injusto, agindo conforme a boa-fé e adotando comportamentos prudentes para impedir que o dano se produza ou que se reduza a sua magnitude” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2015, p. 19).

De outro modo, o princípio da precaução incide sobre o agente quando há mera suspeita acerca da produção de dano, impondo a este uma cautela especial, mesmo sem qualquer informação científica que mostre latente a probabilidade de dano. Nesse diapasão, transcreve-se os comentários de Carrá:

A ideia de precaução, portanto, vai mais além da “simples prevenção” na medida em que não exige um estado de completa certeza para permitir a adoção de medidas *ex ante*. O princípio precautório conceitua-se sob a noção de risco de dano, mais do que um perigo de dano. Exige-se que o dano seja ou irreparável, irreversível, ou muito próximo disso. Porém, caracteriza-o em definitivo a ausência de informação ou certeza científica sobre sua existência, não podendo isso ser invocado como razão para postergar a adoção de medidas eficazes, seja pelos custos envolvidos, seja pela mencionada inexistência de plena confiabilidade da informação disponível. (CARRÁ, 2015, p. 55).

A partir disso, firma-se o postulado de que “o princípio da precaução deve ser aplicado no caso de riscos potenciais ou hipotéticos, abstratos e que possam levar aos chamados danos graves e irreversíveis”. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2015, p. 47).

Nessa esteira, vislumbra-se que eventual sistematização da prevenção na Responsabilidade Civil busca refundamentar o instituto, novamente enaltecendo uma função preventiva (que nunca lhe foi estranha). Nestes termos é que a adoção progressiva de técnicas e mecanismos inibitórios podem evitar danos graves e irreversíveis aos direitos decorrentes do princípio da dignidade humana. (VENTURI, 2014, p. 89). Para Gondim, o estudo da Responsabilidade Civil deve estar pautado para além da reparação por danos, “pois cada vez mais se torna notório que a reparação é insuficiente para proteger a vítima, por não ser possível retornar ao *status quo*, nem mesmo em danos patrimoniais e quiçá em danos extrapatrimoniais” (2015, p. 140).

4.2 A CONSTRUÇÃO DA PREVENÇÃO

Uma vez evidenciada a crise de efetividade na Responsabilidade Civil e exposta essa lacuna que uma aplicação preventiva pode preencher, é necessário proceder à refundamentação do instituto abordando uma releitura conceitual da própria nomenclatura do instituto.

Outro ponto a ser destacado é como se daria a prevenção ao ser efetivamente implementada nos sistemas da Responsabilidade Civil.

4.2.1 Responsabilidade civil sem danos

Apesar de o termo “responsabilidade civil” ser atribuído sempre como referente a danos causados e com a obrigação de indenizar, esta não se mostra a leitura correta da nomenclatura. Ser responsável civilmente não significa apenas uma vinculação às lesões que já foram provocadas.

O questionamento do conceito surge do que já foi exposto, visto que o foco da Responsabilidade Civil deixou de ser o de encontrar o responsável e regular a conduta lesiva, partindo para garantias de plena reparação da vítima. Como indica Gondim, “denotou-se a importância do dano e que a sua reparação era crucial, mais que a própria noção de encontrar o responsável” (2015, p. 142). Esta interpretação da Responsabilidade Civil exclusivamente como instrumento de reparação de danos prorroga um modelo já ultrapassado de que os direitos surgem apenas com a sua violação. A ausência de uma tutela preventiva acaba por legitimar no instituto uma proteção garantida somente às vítimas, por lesões já ocorridas. (VENTURI, 2014, p. 195).

A necessidade de alargamento do termo “responsabilidade civil” também tem fundamento na incidência dos chamados “novos danos”, que possuem características diversas dos danos tradicionais, bem como na superação da discussão voltada apenas à culpa e ao risco da atividade na pós-modernidade. Tudo isso considerando a capacidade de evolução já característica da Responsabilidade Civil tão latente nas últimas décadas (CARRÁ, 2015, p. 75). Ao abordar o assunto, Carrá faz suas considerações a respeito da investigação realizada pela jurista francesa Catherine Thibierge, ao passo que conclui:

A investigação polissêmica das palavras *responsabilidade* e *responsável* a fez inferir que tanto são empregadas em sentido negativo (para a reparação de danos) quanto positivo (o bem-estar, a integridade e até mesmo a sobrevivência), e ainda tanto para aquilo que já foi feito, quanto para aquilo que ainda vai acontecer. (CARRÁ, 2015, p. 75-76).

Se o “direito de danos” ampliou os meios de reparação àqueles que ostentam o status de vítima, não trouxe nenhum resultado ao pensar preventivo. Este último deve partir do pressuposto do comportamento antijurídico (contrário ao direito), quando há violação de um dever geral de segurança. (GONDIM, 2015, p. 144). Nesse ponto, assume Gondim ser correta a cisão proposta pelo jurista Daniel Levy, da qual extrai que a Responsabilidade Civil pode assumir duas facetas: o

“direito de danos”, que garante uma reparação eficiente; e o “direito das condutas lesivas”, para o qual importa apenas o comportamento antijurídico. (GONDIM, 2015, p. 145).

Assim o termo “responsabilidade civil” passa a dispor de um significado mais lógico, inclusive, na medida que abrange a regulação do próprio comportamento humano, ao evitar danos ou impor a obrigação de indenizá-los:

Parece, pois, que, em sentido lógico e atual, a própria locução “responsabilidade civil” aponta para um sistema legal que se ocupe do regramento de comportamentos humanos (comissivos ou omissivos) com vistas não apenas à garantia do ressarcimento dos prejuízos indevidamente causados a outrem, mas, antes e paralelamente a isso, também a evitá-los, da melhor forma possível. (VENTURI, 2014, p. 198).

Ao se considerar o “direito das condutas lesivas”, a conduta do agente se torna peça principal, podendo ser ilícita ou de risco. Nesse ponto, é prescindível o dano concreto, porque preferencialmente ele nem existiria. Parte-se da premissa de que “aquele que tem conhecimento acerca do dano que pode ser ocasionado e ainda assim assume realizar a conduta” incorre em comportamento abrangido pelo “direito de condutas lesivas”, imputando-se o “possível ou provável dano”. (GONDIM, 2015, p. 146).

Por derradeiro, explica Carrá que o ato de repensar a “responsabilidade”, alçada no viés preventivo, decorre de um fundamento moral perante a humanidade:

A “nova responsabilidade” destina-se a oferecer “ao próximo” os subsídios e as devidas respostas para as agruras da atualidade, sendo com ele solidário no sentido mais humano da palavra. E que respostas seriam essas? Justamente evitar os danos, e não somente repará-los. Pois a moral, nos dias de hoje, não exige apenas que se dê um conforto *a posteriori*, mas sobretudo e antes de tudo, *a priori*. (CARRÁ, 2015, p. 81).

A Responsabilidade Civil sem danos, assim denominada, não passa de um cuidado para evitar errônea interpretação do termo “responsabilidade civil”, como alerta Gondim: “para que seja destacado o fato de que o instituto não é somente reparação, ele pode ser estruturado (e deve ser) sem a ocorrência do dano” (2015, p. 180). E complementa Carrá: “o dano, nesse sentido, reflete apenas uma das consequências, a mais visível seguramente, da violação de uma regra do ordenamento jurídico” (2015, p. 179).

4.2.2 A tutela inibitória

Reconhecida a falta de efetividade em se tutelar interesses tão valiosos à humanidade por meio das técnicas de reparação e a necessidade de uma guinada à função preventiva da Responsabilidade Civil não induzem qualquer efeito sem se cogitar os meios em que seria realizada a prevenção de danos. É necessário a implementação de uma tutela inibitória, do contrário, alerta Marinoni: “as normas que proclamam direitos, ou objetivam proteger bens fundamentais, não teriam qualquer significação prática, pois poderiam ser violadas a qualquer momento, restando somente o ressarcimento do dano” (MARINONI, 2004). A tutela inibitória seria, na concepção de Venturi, muito significativa na defesa de direitos: “o desenvolvimento da chamada *tutela inibitória* pode ser considerado um dos maiores avanços da proteção dos direitos, notadamente por se tratar de técnica voltada a impedir a prática, a continuidade ou a reiteração do ilícito” (2014, p. 272).

Com efeito, será abordado precipuamente o que se entende por tutela inibitória já incorporada no direito pátrio.

4.2.2.1 Medidas de prevenção presentes no direito brasileiro

Cabe, à essa altura, destacar alguns exemplos de tutela preventiva que podem ser identificadas no conjunto de normas do direito brasileiro, constituindo verdadeiras tutelas inibitórias processuais e materiais.

O primeiro exemplo que pode ser interpretado nesta seara da tutela inibitória trata-se da figura do interdito proibitório (VENTURI, 2014, p. 276), com fundamento no artigo 1.210 do Código Civil¹⁷ e com aplicação jurisdicional por meio do artigo 567 do CPC, o qual prescreve:

O possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse poderá requerer ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório em que se comine ao

¹⁷ Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. § 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa. (BRASIL, 2002).

réu determinada pena pecuniária caso transgrida o preceito. (BRASIL, 2015).

Aliás, ressalta Carrá que o parágrafo 1º do artigo 1.210 do Código Civil prevê situação em que pode ser usado do desforço possessório pelo próprio titular, não se extrapolando o que for indispensável para a garantia do direito real. (CARRÁ, 2015, p. 169).

No campo da responsabilidade contratual, indica Gondim (2015, p. 211) que pode ser citada como medida preventiva, a qual obsta a ocorrência de prejuízos, a aplicação da chamada exceção do contrato não cumprido, na medida que dispõe o artigo 477 do Diploma Civil:

Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la. (BRASIL, 2002).

Ademais, os dispositivos 461 e 461-A do CPC/1973¹⁸ (correspondentes aos artigos 497, 498 e 536 do CPC/2015¹⁹), bem como 84 do CDC²⁰, são apontados por Venturi como tutelas inibitórias de cunho processual, visto que as considera “técnicas propensas à obtenção da tutela inibitória, por via de provimentos judiciais de natureza mandamental e executiva *lato sensu*”. Para a autora, essas medidas são “hábeis a permitir a proteção jurisdicional tanto dos direitos individuais como também dos direitos de natureza transindividual (difusos e coletivos em sentido estrito)”. (VENTURI, 2014, p. 276).

¹⁸ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...] Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. [...] (BRASIL, 1973).

¹⁹ Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. [...] Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. [...] Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. (BRASIL, 2015).

²⁰ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...] (BRASIL, 1990).

Por ocasião da legislação consumerista, esta merece alguns comentários sobre seu aspecto especialmente preventivo. Tem-se neste código a noção de que o fornecedor detém absoluto conhecimento e informação acerca do produto ou serviço oferecido e, conseqüentemente, sobre a probabilidade de seus resultados lesivos. Por isso é que essa característica de tutela inibitória material em relações consumeristas corresponde a um dever de segurança, qual seja, em proteção aos consumidores e eventuais vítimas de eventos danosos, por força do artigo 17 do CDC²¹. Daí se impõe ao fornecedor “a responsabilidade de prevenir as possíveis e prováveis ameaças de danos e repará-los”, evitando lançar ao mercado os produtos ou serviços que sabe serem lesivos. (GONDIM, 2015, p. 213).

Por fim, Venturi ainda acrescenta (2014, p. 276) a esta lista o mandado de segurança (art. 5º, inciso LXIX, CF/88²²), mais especificamente, na sua modalidade preventiva, visto que o artigo 1º da Lei nº 12.016, que disciplina tal remédio constitucional, assim prevê expressamente:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou **houver justo receio de sofrê-la** por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (BRASIL, 2009). (grifou-se)

Não obstante esses exemplos legais de medidas preventivas que foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro ao longo do tempo, o legislador poderia acrescentar ao direito material outros mecanismos inibitórios, prescindíveis de prestação jurisdicional.

4.2.2.2 Mecanismos inibitórios materiais

Pelos exemplos brevemente apresentados, torna-se cristalino que existem alguns mecanismos inibitórios materiais hábeis a viabilizar uma tutela mais preventiva na Responsabilidade Civil.

²¹ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. (BRASIL, 1990).

²² Art. 5º [...] LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. (BRASIL, 1988).

Já no campo das propostas, em seus estudos Venturi defende que, além das hipóteses já previstas no ordenamento jurídico brasileiro, podem ser implementadas as seguintes soluções: a autotutela de direitos extrapatrimoniais e indenização por despesas preventivas; a extensão da responsabilidade objetiva a casos específicos; a criação de sanções (multas) civis como adaptação dos *punitive damages* ao direito brasileiro. (VENTURI, 2014). Para efeitos de breve análise do fundamento preventivo, sintetizam-se aqui estas proposições.

Por autotutela, entendem-se os atos de própria força direcionados a uma solução de conflitos não jurisdicional. Apesar de ser considerado um meio primitivo, o direito ainda guarda alguns resquícios de sua incidência. Na visão de Venturi, a autotutela seria legitimada na Responsabilidade Civil por duas premissas: a de que a defesa de “valores altamente relevantes” não pode depender apenas de intervenção estatal; e a de que o Estado não é onipresente, sendo muitas vezes impossível oferecer uma resposta imediata às “crises sociais”. (VENTURI, 2014, p. 286). Ainda sob esse aspecto, Venturi cita que no direito europeu já foi incorporada a ideia de indenização por “despesas preventivas”, visando ao ressarcimento da diminuição patrimonial sofrida pelo titular de direitos no exercício de autodefesa. (VENTURI, 2014, p. 296-297). Nesse diapasão, a autora ilustra o nexo causal com o seguinte exemplo:

Imagine-se que uma famosa atriz, vendo-se assediada inoportuna e incessantemente por um fã que lhe dirige constantes ameaças de séria perturbação da sua vida privada, chegando até mesmo a ameaça-la com a prática de crimes (invasão de domicílio, rapto etc.), resolve contratar serviços de segurança privada, **especificamente destinada a inibir a atuação do referido fã**, durante o período em que duram as ameaças. Ao mesmo tempo em que a atriz implementa sua autotutela, as despesas geradas com o pagamento do referido serviço de segurança poderiam, em tal hipótese, ser cobradas do responsável pelas ameaças. (VENTURI, 2014, p. 300). (grifou-se)

A adoção de uma autotutela juntamente com a indenização por despesas preventivas garantiria ao titular de direitos, principalmente extrapatrimoniais, se autodefender “empregando os meios de que dispõe (materiais, econômicos etc.)”, enquanto a tutela jurisdicional de caráter repressivo abrangeria a indenização por danos ou pelos custos de sua prevenção. (VENTURI, 2014, p. 302).

Outro ponto trazido à baila pela autora trata de estender a responsabilidade civil objetiva, que opera sem o pressuposto “culpa”, a outros casos

de lesão, sobretudo quando se tratar de direitos fundamentais e possibilidade de danos irreversíveis, assumindo uma função preventiva. A objetivação da responsabilidade, assim, teria um papel de tutela inibitória material na prática de determinadas condutas, na medida em que impõe “verdadeiro dever de abstenção, ou melhor, dever de proibição da prática do ilícito, reforçado pela perspectiva da indenização ‘sem culpa’, com notórios efeitos dissuasórios.” (VENTURI, 2014, p. 308).

Partindo para outra das proposições listadas por Venturi, tem-se cogitada a incidência de sanções preventivas como instrumentos de regulação social. Como explica a autora, a sanção negativa, no melhor sentido dado ao termo, pode impor a adoção de medidas preventivas, tendo em vista que acaba sendo uma consequência imputada àquele que viola alguma norma. (VENTURI, 2014, p. 319). No mesmo sentido, Gondim afirma que “serão consideradas sanções preventivas todas as respostas que tenham como fundamento prevenir a concretização de um dano ou as suas consequências” (2015, p. 226).

Para além disso, o que Venturi defende é a implementação de um sistema de multas civis, as quais define como “sanções pecuniárias especificamente destinadas a, mediante sua natureza coercitivo-punitiva, inculcar *a priori* prevenção geral e *a posteriori* prevenção especial”. Ao que tudo indica, a multa civil passaria a figurar como uma “pena privada” no Direito Privado, que não guarda qualquer relação com as sanções penais. (VENTURI, 2014, p. 330). Para justificar tal proposta, Venturi apresenta alguns exemplos de multa civil no ordenamento jurídico brasileiro, dos quais se destaca:

A *Lei do Condomínio* (Lei 4.591/1964, art. 21) incorporou o mecanismo da multa civil, cabível contra a violação de qualquer dos deveres estipulados na convenção ou no regimento interno, sem prejuízo das responsabilidades civil ou criminal eventualmente incidentes. Referida multa foi reiterada pelo Código de 2002, incidindo tanto em caso de descumprimento de deveres condominiais como por comportamento antissocial que acarrete incompatibilidade de convivência com os demais condôminos. (VENTURI, 2014, p. 334).

Partindo dessas premissas, observa Venturi (2014, p. 349) que as multas civis proporcionariam grande impacto nas tomadas de decisão dos agentes, com o papel de:

reprender graves e injustificáveis violações de direitos essenciais, inerentes à personalidade e aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, punir os infratores com pena pecuniária, independentemente da reparação de eventuais danos constatados, suficiente para punir a conduta e, ao mesmo tempo, para imprimir prevenção contra a continuação ou a reiteração da infração. (VENTURI, 2014, p. 349).

Ademais, analisa a autora que as multas civis ainda poderiam incidir no direito brasileiro de outra forma: como uma indenização punitiva. Tal proposta tem inspiração no sistema de agravamento de indenizações conhecido por *punitive damages*, já anteriormente citado, e que mostra-se muito presente nos julgamentos de cortes norte-americanas. (VENTURI, 2014, p. 350). O agravamento do valor das compensações não se mostra matéria estranha aos julgadores brasileiros, porém, como lamenta a autora, embora haja uma aplicação tímida de alguns fundamentos dos *punitive damages*, tem-se que as garantias constitucionais da legalidade, tipicidade e do devido processo legal²³ obstam sua sistematização em um nível satisfatório. A solução para o impasse, indica Venturi, seria a atividade legislativa editar regulamentação específica. (VENTURI, 2014, p. 354-355).

Dos mecanismos acima explicitados, com absoluta certeza, mostra-se mais interessante a implementação de uma majoração nos valores destinados à indenização, à semelhança dos *punitive damages*, principalmente porque seus fundamentos, funções e pressupostos guardam estreita relação com as condições para o reconhecimento dos danos sociais.

4.4 RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA E DANOS SOCIAIS

Expostos os principais argumentos que justificam uma refundamentação da Responsabilidade Civil a partir de um paradigma preventivo, resta agora analisar o papel do dano social nesse contexto.

Passa-se a abordar assim como a Responsabilidade Civil preventiva mostra-se adequada à tutela de interesses difusos, bem como o dano social pode resgatar ao instituto uma renovada função preventiva, além da tradicionalmente reparatória por danos produzidos, inclusive no que pode ser considerado como uma

²³ Art. 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...] (BRASIL, 1988).

espécie de transposição e adaptação de fundamentos dos *punitives damages* ao direito brasileiro.

4.4.1 Tutela mais adequada aos interesses difusos

É sabido, conforme aqui exposto, que a Carta Magna de 1988 assegurou diversos direitos fundamentais, não só individuais, mas sobretudo sociais, dos quais decorre o próprio direito ao bem-estar social. O regime constitucional brasileiro, assim, destaca-se pela tutela jurisdicional que abrangem os espectros difusos, coletivos e individuais homogêneos, aos quais atribui-se sinteticamente os seguintes conceitos.

Por direitos ou interesses difusos, entendem-se aqueles dos quais são titulares “grupos menos determinados de pessoas (melhor que *indeterminadas*, são antes pessoas *indetermináveis*), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso” (MAZZILLI, 2015, p. 53). Já os direitos ou interesses coletivos abrangem, em *lato sensu*, aqueles considerados “transindividuais, de grupos, classes ou categoria de pessoas”, enquanto em sentido mais estrito trazido pelo CDC, os “transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum” (MAZZILLI, 2015, p. 55). Por fim, podem ser definidos como direitos ou interesses individuais homogêneos aqueles de titularidade de “grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum” (MAZZILLI, 2015, p. 56).

Sendo inegável o aprimoramento precipuamente constitucional e por via da legislação consumerista em se tratando dos interesses acima citados, a preocupação com sua defesa surgiu ainda antes com a edição da Lei 7347/1985, também chamada de Lei da Ação Civil Pública. (VENTURI, 2014, p. 124). Por ação civil pública ou ação coletiva, assume-se a ação que visa promover a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, podendo ser proposta em juízo por rol taxativo de legitimados ativos, quais sejam, o Ministério Público ou outros órgãos públicos e também algumas associações privadas. (MAZZILLI, 2015, p. 74).

A partir daí, como observa Venturi, foram previstos na Lei da Ação Civil Pública os fundos de reparação de direitos difusos com a finalidade de arrecadação

e gestão das indenizações pecuniárias, valores que acabam sendo destinados a atividades que objetivam a “recomposição social das lesões difusas”. Ainda, além de evidenciar um sistema reparatório por lesões a interesses transindividuais, acaba assumindo também o caráter punitivo-pedagógico, evidente principalmente nas condenações pelos danos morais coletivos. (VENTURI, 2014, p. 128-129).

Os Fundos de Defesa dos Direitos Difusos implementados, assim, viabilizariam a condenação ao pagamento de verbas indenizatórias autônomas, de natureza diversa da reparatória ou compensatória, em demandas coletivas, ao mesmo tempo que obstaría a comum alegação de enriquecimento sem causa de eventuais vítimas. Essas indenizações seriam devidas, explica Venturi, “a título de punição exemplar e desincentivo à reiteração de condutas consideradas altamente reprováveis e gravemente lesivas a toda a sociedade” (VENTURI, 2014, p. 131).

O agravamento da indenização para este fim, constante de um sistema de multas civis, seria então possível através de legislação específica prevendo as hipóteses de cabimento e a destinação dos valores, como anteriormente cogitado (VENTURI, 2014, p. 356).

4.4.2 Os *punitive damages* e a prevenção geral

Partindo da ideia de majoração de verbas indenizatórias, com manifesta função punitiva ou dissuasória, logo remete-se ao instituto dos *punitive damages*, podendo ser chamado no Brasil de indenização punitiva (COELHO, 2014, p. 446) ou ainda, “danos punitivos, remédios punitivos, indenização exemplar” e “multa punitiva” (CRUZ, 2015, p. 75-76).

Trata o instituto, pode-se dizer, de técnica de reparação/compensação por meio de fixação da indenização pecuniária em montante muito superior ao que pode ser compreendido como extensão do dano causado. Nesse sentido, Cruz esclarece que “os *punitive damages* surgem como uma forma de coibir condutas reprováveis, os valores vão além do dano, no intuito de causar ao condenado prejuízo significativo para que não aja semelhantemente posteriormente” (2015, p. 77).

Por óbvio que a aplicação de um *plus* nas indenizações não pode ser procedida de maneira aleatória. A incidência dos *punitive damages* nas condenações, com seu desenvolvimento nas cortes norte-americanas, passou a carecer de alguns critérios:

Nos EUA, balanceando a teoria dos *punitive damages*, a Suprema Corte considera os seguintes critérios: (a) gravidade do comportamento do ofensor; (b) se o dano causado foi físico ou moral; (c) se a vítima estava em situação de debilidade; (d) se o ofensor agiu com dolo, demonstrando indiferença pela segurança alheia. Já a Análise Econômica do Direito recomenda afastar o critério da capacidade econômica do ofensor, por ser inútil para a obtenção da finalidade de dissuasão. Se o desencorajamento do potencial agente é dado por uma análise de custo/benefício, ele só agirá quando as vantagens derivadas de seu ilícito forem superiores aos custos que suportará. Esta relação custo/benefício em nada será alterada pela variação do patrimônio do ofensor. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2015, p. 348-349).

Apesar de o termo “*punitive damages*” evidenciar, precipuamente, apenas a sua função punitiva, defende Walker que o instituto possui igualmente uma função dissuasória geral que exerce impacto no comportamento de potenciais agentes causadores de danos:

Assim, a dissuasão geral se opera ao informar a potenciais ofensores: (1) que certas condutas que violem os interesses de outras pessoas são impróprias; (2) que violações intencionais ou flagrantes estão sujeitas a uma punição que excede a mera reparação; e (3) que, embora a punição seja incerta, ela é provável (devido ao incentivo que se dá às vítimas para que reclamem seus direitos) e pode ser substancial o suficiente para remover a aparente lucratividade da conduta danosa. (WALKER, 2016, p. 132).

Em que pese a ampla utilização dos *punitive damages* no judiciário dos Estados Unidos, tal teoria não seria compatível, a princípio, com o Direito Brasileiro. A principal razão é de que a indenização seria destinada à vítima, resultando em uma reparação/compensação muito além do dano experimentado, o que caracterizaria, aos olhos do ordenamento pátrio, o enriquecimento sem causa daquela. Inclusive, este é o entendimento mais recente do STJ²⁴:

A aplicação irrestrita das “*punitive damages*” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. (BRASIL, 2010).

²⁴AgRg no Ag 850.273/BA, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010. (BRASIL, 2010).

Com efeito, tal implicação é exposta por Azevedo quando da introdução ao tema de danos sociais. Explica o jurista que, em vista disso, não poderia ser admitido se adicionar um *plus*, à título de *punitive damages*, na reparação por danos experimentados pela vítima, mesmo estes sendo morais (extrapatrimoniais). Porém, em contrapartida, milita “no sentido de que é cabível o que parecia proibido”, com a admissão dos danos sociais. (AZEVEDO, 2010, p. 377-378).

4.4.3 O caráter preventivo dos danos sociais

O caminho até aqui mostrou que os danos sociais podem ser considerados uma forma de adaptação dos *punitive damages* ao ordenamento jurídico brasileiro, porquanto verifica-se comum a ambas as teorias uma implementação das funções punitiva e dissuasória da verba indenizatória.

Neste diapasão, a indenização por dano social poderá ter, como defende Azevedo, caráter de verba de punição ou verba de desestímulo (punição *versus* prevenção). Isto decorre da premissa de que sua faceta punitiva teria escopo nos fatos do passado, ou seja, no comportamento reprovável que provocou o dano social, enquanto seu papel dissuasório (desestímulo) previne fatos futuros, por ser didático ao agente, é projetado para o seu comportamento futuro. Nas palavras de Azevedo, “o desestímulo é tanto para o agente quanto para outros que fiquem tentados a repetir o mesmo ato lesivo”, sobretudo quando se tratar de empresas no exercício de atividades econômicas que atingem as massas. Complementa o jurista que essa discriminação das verbas resta evidente “nas razões justificadoras (fatos passados e fatos futuros)” e ao tratar dos agentes visados, na medida que a punição deve incidir majoritariamente sobre pessoas físicas e a dissuasão sobre pessoas jurídicas. (AZEVEDO, 2010, p. 380).

A tutela preventiva implícita nos danos sociais surge como meio de cessar algumas condutas “dolosamente idealizadas” que partem de uma análise da lógica custo/benefício feita por empresas, já que o montante eventualmente utilizado para indenizar cada lesado individualmente seria inferior ao lucro obtido. (VENTURI, 2014, p. 74). Como também sustenta Gondim em seu estudo:

Quando se trata a análise do custo, a primeira conclusão deveria ser a não ocorrência do dano, todavia é sabido que através de uma efetiva análise empresarial nem sempre essa será a conclusão a ser

adotada, podendo ser verificado que é economicamente mais vantajoso pagar a indenização do que evitar que o dano ocorra, através de uma análise do custo e benefício. (GONDIM, 2015, p. 243).

Importante para que se entenda a prevenção geral exercida tanto por *punitives damages* quanto, pretende-se, por condenação em danos sociais, tem-se o caso de grave conduta abordado por Gondim em seu trabalho (2015, p. 243-244). Conforme narra a autora, a empresa Ford desenvolveu modelo de automóvel que, ao passar por testes após a sua fabricação, apresentou defeitos no seu projeto acarretando alto risco de rompimento do tanque em colisões traseiras. Mas, tendo estoque dos automóveis, a empresa comparou os gastos necessários para corrigir esses defeitos (altos), com o que desembolsaria com eventuais indenizações (inferiores). Por fim, preferiu comercializar no ano de 1968 o referido modelo, mesmo ciente de todos os riscos aos passageiros. Em maio de 1972, uma colisão traseira veio a vitimar mãe e causar graves lesões ao seu filho de 13 anos, que eram passageiros do modelo defeituoso.

Já em ação judicial, comprovou-se que a Ford havia realizado estudos de custo/benefício e a empresa restou condenada por danos materiais e danos punitivos no valor de US\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil dólares). Este caso, comenta Gondim, mostra que muitas vezes “há o conhecimento dos danos prováveis (prevenção) e possíveis (precaução) que serão ocasionados, mas nada é realizado, por livre e espontânea vontade”. (GONDIM, 2015, p. 243-244).

Tudo que foi tratado aqui mostra que os danos sociais vão além de uma resposta repressiva do Estado às condutas ilícitas e lesões difusas. Trata de preencher uma lacuna há muito inexistente nos Estados Unidos pela aplicação com sucesso dos *punitive damages* em casos de dolo e grave culpa.

Para além do caráter tradicionalmente patrimonialista de reparação e compensação, os danos sociais impõem punições exemplares para que qualquer potencial agressor de interesses difusos, ligados à tutela geral da pessoa humana, desista da conduta socialmente reprovável.

Consagra-se assim uma solução que pode ser inclusive mais livre de críticas que o próprio instituto dos *punitives damages*, visto que o sistema de tutela jurisdicional coletiva no Brasil já prevê fundos próprios para reparação de danos praticados contra a sociedade, obstando a alegação de enriquecimento sem causa.

Por fim, apesar de ser uma modalidade de “novos danos”, a adoção dos danos sociais acaba cumulando a figura de verdadeira tutela inibitória material com função preventiva aprimorada, que se mostra tão protagonista quanto a função reparatória, já ultrapassada para, por si só, tutelar interesses difusos decorrentes do princípio da dignidade humana na sociedade pós-moderna.

5 CONCLUSÃO

A Responsabilidade Civil ocupa nobre cadeira no panteão da regulação do âmbito privado do Direito, da qual se extrai regras de condutas a serem observadas pelos indivíduos dispostos a viver em uma sociedade civilizada.

O presente estudo demonstrou que na busca de apresentar uma regulação do comportamento social cada vez mais atual, o instituto usa da dinamicidade do Direito, evoluindo com o passar do tempo. Nesse ínterim, a reparação civil que antes se limitava aos casos em que era presente a culpa genérica, passa, em primeiro momento, a admitir a presunção daquela em determinadas circunstâncias. Posteriormente, após avaliado o aumento de novos eventos danosos a partir da industrialização global, passou-se a admitir também a objetividade da responsabilização civil como meio de tutelar direitos, dispensando-se a constatação de culpa quando as lesões têm conexão com atividades de risco. Paralelamente a isso, também se consolidou nas últimas décadas e, com a Constituição Federal de 1988, a ocorrência de danos morais por agressão aos valores humanos mais essenciais, consagrando uma releitura constitucionalizada do Direito Privado.

A Constituição Federal de 1988, por ocasião, trouxe cláusula geral de aplicação absoluta: o princípio da dignidade humana. Oriundo dos avanços em matéria de direitos humanos, esse princípio norteador do direito brasileiro impõe a todos que cultivem os valores humanos, a nível de direito existencial. E nestes termos, a Carta Magna também prevê rol não taxativo de direitos fundamentais, individuais e sociais, visando à promoção do bem-estar humano. Ainda nessa perspectiva, além da proteção individual tradicional do Direito, tem-se a proteção de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, com aprimorada tutela jurisdicional coletiva.

Aos interesses difusos, pensa-se com o presente ensaio, podem ser atribuídos não só o que se entende por normas de direitos fundamentais, mas sobretudo ao que efetivamente interessa, no sentido não imediatamente jurídico da flexão verbal. Interessa à sociedade, dessa forma, a promoção da paz? Interessa à coletividade o sentimento de tranquilidade? Interessa às massas globalizadas a confiança e a boa-fé ordinárias nas atividades econômicas? Interessa, à população

brasileira, a promoção da qualidade de vida? E a resposta é sim! Tudo isso interessa, de forma difusa, à preservação da dignidade humana.

E nesse paradigma de tutelar o que efetivamente interessa à sociedade, Antônio Junqueira de Azevedo propõe o dano social. Uma nova modalidade de dano que busca oferecer proteção mais adequada a valores sociais até então inobservados em condutas isoladas ou reiteradas, tanto por indivíduos quanto por empresas privadas.

É que o Brasil, embora um país com demasiadas qualidades, também sofre com inúmeras mazelas sociais e com corrupção sistemática das instituições públicas. E como se não bastasse isso, há ocorrência de comportamentos graves e absolutamente reprováveis também na seara privada. O que se vê, infelizmente, é uma situação de crise moral, política e de confiança geral da nação.

Mas voltando à Responsabilidade Civil, em que pese todos os seus avanços, uma noção liberal e patrimonialista, que a tudo tenta colocar preço, ainda não foi totalmente expurgada das regras de responsabilização. Os critérios de reparação não se mostram adequados à tutela dos valores mais preciosos ao ser humano, conduzindo o instituto a uma crise de efetividade.

Da crise de efetividade, surge a proposta de resgatar uma função preventiva da Responsabilidade Civil, que nunca lhe foi estranha. Se chega à conclusão de que se existem danos graves e irreversíveis infligidos aos direitos fundamentais do ser humano, e esses direitos não podem ser restituídos ou mensurados economicamente, cabe outra forma de tutelá-los. Nasce um paradigma preventivo, impondo a ideia de que quanto a essas lesões, melhor se evitar o dano do que tentar repará-lo.

Já dentro de uma concepção de Responsabilidade Civil Preventiva, vislumbra-se os benefícios da implementação de verbas autônomas, verdadeiras multas civis, que possuem valor desvinculado da extensão dos danos que o agente concretamente causou. O valor, assim, tem que ser alto para figurar como fator de desestímulo às condutas socialmente reprováveis.

Na falta de uma tutela preventiva desse feito, concluiu o presente ensaio que no Brasil pode ser admitido o dano social, à semelhança dos *punitives damages* incorporados ao sistema de justiça norte-americano. Tem-se que o dano social, apesar de importante função reparatória por lesões causadas à sociedade, ainda possui poderosa função preventiva, porquanto visa regular as condutas sociais por

meio de indenização exemplar. Esse efeito é desejável principalmente nos casos em que determinadas empresas avaliam o custo/benefício de se adotar um comportamento ilícito de forma “pulverizada” e que lhe dará lucro exorbitante, ao mesmo tempo que desembolsa ínfimas quantias para fins de reparação de danos em ações individuais e que, embora numerosas, não vão impor uma mudança na conduta do agente lesante.

Ainda, desta conclusão se extrai que o elogiável sistema de demandas coletivas presente no ordenamento jurídico brasileiro fornece ao dano social plena integração, com destinação das indenizações pecuniárias aos fundos reparatórios em favor da sociedade, restando desejável a normatização específica dos critérios para sua incidência, embora sua aplicação imediata pautar-se no princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade civil 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/L7347compilada.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe Sobre A Proteção do Consumidor e Dá Outras Providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança coletivo e individual e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 850.273/BA. Quarta Turma. Relator: Min. Honildo Amaral De Mello Castro. Brasília, DF, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=987495&num_registro=200602623771&data=20100824&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 12062/GO. Segunda Seção. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, DF, 12 de novembro de 2014. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1365001&num_registro=201300900646&data=20141120&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 636021/RJ. Terceira Turma. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DF, 02 de outubro de 2008. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=737232&num_registro=200400194947&data=20090306&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2018.

BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka; BUGARIN, Maurício Soares. Danos sociais e *Punitives Damages*: Instrumentos para a correção da seleção adversa e do risco moral da responsabilidade civil. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, p. 88-117, jan-jun, 2016. Disponível em:

<<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/6016/pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BULOS, Jaime Leandro; MORENO, Jamile Coelho. Dos novos danos: dano moral coletivo ou dano social? 2016, p. 104-107. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. n. 4. São Paulo, 2016. Disponível em <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/cbpcc/article/viewFile/728/771>>. Acesso em: 20 out. 2018.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta**. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTRO, Carolina Pinho de. **Novos paradigmas da responsabilidade civil brasileira: o dano social**. 2017. 71 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em <<http://bdm.unb.br/handle/10483/17845>>. Acesso em: 20 out. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: Obrigações, responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRUZ, André Pinheiro. **Punitive damages: origem e proposta de aplicabilidade temperada ao direito brasileiro**. 2015. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/19657>> Acesso em: 20 out. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.7.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 3.

FRIEDE, Reis; ARAGÃO, Luciano. Dos danos sociais. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**. Florianópolis, v. 23, n. 29, p. 13-44, 2016. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/137>>. Acesso em: 20 out. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil sem dano: Da lógica reparatória à lógica inibitória**. 2015. 302 fl. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/40367>>. Acesso em: 20 out. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Jus Navegandi, Teresina, ano 9, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5041/tutela-inibitoria-e-tutela-de-remocao-do-ilicito>>. Acesso em: 20 out. 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Inominado nº 71001249796. Terceira Turma Recursal Cível. Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, RS, 27 de março de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71001249796%26num_processo%3D71001249796%26codEmenta%3D1823761+71001249796++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71001249796&comarca=Cap%C3%A3o%20da%20Canoa&dtJulg=27/03/2007&relator=Eug%C3%AAnio%20Facchini%20Neto&aba=juris>. Acesso em: 20 out. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SÃO PAULO (estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 0027158-41.2010.8.26.0564. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Teixeira Leite. São Paulo, SP, 18 de julho de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=6868822&cd>>

Foro=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_bc49971773644ee7839194968780eed1&vICaptcha=rPryq&novoVICaptcha=>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1015707-41.2014.8.26.0053. Quinta Câmara de Direito Público. Relator: Heloísa Martins Mimessi. São Paulo, SP, 14 de maio de 2018. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11459752&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_6a9aa0c33001414ba98fcf34ffa09bf3&vICaptcha=qXR&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 20 out. 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SANTOS, Adriano Barreto Espíndola. **O dano social e as funções punitiva e social da responsabilidade civil**. 2015. 126 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-civilísticas / Menção em Direito Civil) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/29870>>. Acesso em: 20 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil. Responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 4.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva. A Proteção contra a Violação dos Direitos e a Tutela Inibitória Material**. São Paulo: Malheiros, 2014.

WALKER, Marck Pickersgill. **O modelo jurídico dos punitive damages nos ordenamentos jurídicos da Inglaterra e dos Estados Unidos da América**. 2016. 203 fl. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/167801>>. Acesso em: 20 out. 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.