

O DANO SOCIAL COMO INSTITUTO DE APERFEIÇOAMENTO DO TRATAMENTO COLETIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

*THE SOCIAL DAMAGE AS AN
IMPROVEMENT LEGAL INSTITUTE OF
TORT LAW'S COLLECTIVE HANDLING*

Yuri Fisberg

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo
Mestre em Direito Civil pela USP



RESUMO

A complexidade da “sociedade de risco” tem exigido do direito novos instrumentos e leituras para responder aos anseios sociais. A plasticidade da responsabilidade civil tem alcançado protagonismo, especialmente com a extensão do conceito de dano. O dano social surge como instrumento apto a preencher os pressupostos tradicionais do dever de indenizar, mas, também, conferir à indenização viés punitivo. O dano pelo rebaixamento da qualidade de vida da coletividade, no entanto, carece de maiores reflexões. Devidamente fundamentado, necessária a interpretação do instituto como elemento próprio da tutela coletiva de direitos – a fim de resguardar compatibilidade com o sistema processual e material.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Indenização. Dano Social. Interesses Difusos. Punição.

ABSTRACT

“Risk society’s” complexity has demanded from law new instruments and readings to respond to social desires. The plasticity of law of torts has achieved prominence, specially the concept of damage. A new category of damage arises, the ‘social damage’ - an instrument capable of fulfilling the traditional assumptions of the duty to indemnify, in particular, the damage, but also to grant punitive bias. The damage defined by the lowering of the quality of life of the community, however, needs further reflection. To recognize the punitive bias, regardless, it is necessary to rigorously observe the elements such as the subjective element and the collective repercussion – to insert the new institute on the legal system.

Keywords: Tort Law. Torts. Punitive Damages. Social Damages. Punishment.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Dano Social. 3. Dano Social X Dano Moral Coletivo. 4. Fundamentos para o Dano Social. 5. Aplicação Jurisprudencial. 6. Critérios para o Dano Social. 7. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Segundo Guido Alpa (2010, p. 02), o número significativo de monografias, ensaios, resenhas e tratados dedicados ao tema da responsabilidade civil denotam a relevância da matéria no âmbito do direito. A produção acadêmica e o protagonismo jurisprudencial, todavia, não significam harmonia nos conceitos e decisões; Antônio Junqueira de Azevedo resumiu: “não se chegou a critério nenhum que pudesse pacificar o debate” (2004, p. 211).

Neste panorama, inúmeras são as sugestões que buscam conferir maior efetividade e protagonismo à responsabilidade civil. No entanto, o louvável reconhecimento de “novos danos” não pode cancelar lides temerárias e pretensões infundadas.

A ampliação dos interesses protegidos e as lesões ínsitas à “sociedade de risco” (BECK, 2013, p. 7) impõem a ampliação racional de institutos. A “sede de justiça” (JOSSERAND, 1941, p. 549) não pode significar a flexibilização ou a erosão completa dos pressupostos do dever de indenizar – acobertando a proliferação insustentável de demandas individuais indenizatórias.

O “dano social” exsurge como instituto capaz de superar tais dilemas, suprir o anseio de punição na esfera cível, sem olvidar o paradigma ressarcitório do sistema posto. Os precedentes sobre o tema, todavia, indicam vicissitudes processuais e desvirtuamentos da “nova categoria de dano” aventada por Antônio Junqueira de Azevedo (2004).

Em oposição ao ensaio inaugural sobre o tema, somente a acepção coletiva do dano social pode suprir a necessária superação do viés estritamente reparatório da responsabilidade civil e efetivar a capacidade da responsabilidade civil de responder ao anseio social, especificamente, modulando condutas, reprimindo ilícitos e punindo.

A responsabilidade civil, em face da eficácia duvidosa das sanções administrativas e penais, pode e deve ostentar característica punitiva. O dano social constitui mecanismo adequado de sanção no âmbito cível; mas somente sua compreensão coletiva pode conferir previsibilidade e segurança jurídica, evitando a proliferação de demandas temerárias e estabelecendo atuação racional dos legitimados para a tutela coletiva.

E, considerando o perfil estabelecido na Constituição Federal de 1988, o Ministério Público deve agir em favor da admissão desta “nova categoria de dano” nas ações civis públicas, preservando a prevalência da tutela coletiva em detrimento das demandas individuais, assegurando o necessário protagonismo à responsabilidade civil e, ainda, evitando demandas na esfera penal e administrativa.

2 DANO SOCIAL

Em ensaio publicado na Revista Trimestral de Direito Civil, Antônio Junqueira de Azevedo (2004) ressalta a insegurança jurídica do sistema, especialmente no tocante aos danos morais. Expõe que, a despeito da necessária aplicação da “teoria

do desestímulo”, o artigo 944 do Código Civil institui limite à aplicação da teoria dos ‘punitive damages’ no Brasil. Mais, ressalva a inadmissibilidade das decisões que “dissimuladamente” aumentam as indenizações “sem declarar que esse aumento é punição ou desestímulo” (idem, p. 377).

O autor, então, sugere uma “nova categoria de dano”, capaz de permitir o que antes “parecia proibido” (idem, p. 378). Define:

[...] um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. Causa dano social. (AZEVEDO, 2004, p. 378).

Trata-se de violação que enseja “diminuição da tranquilidade social” ou “quebra da confiança”, em situações (contratuais ou extracontratuais) que acarretam na “redução da qualidade coletiva de vida”. Atos “negativamente exemplares” que repercutem além da relação entre ofensor e ofendido, sendo a coletividade também vitimada, de forma que a condenação “visa restaurar o nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito” (idem, p. 381). Resume Antônio Junqueira de Azevedo:

Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população (2004, p. 381).

A despeito do sintetismo do ensaio introdutório, a figura teve distinta aceitação e aplicação na doutrina e na jurisprudência. Neste sentido, a V Jornada de Direito Civil, coordenada pelo Conselho da Justiça Federal, aprovou o enunciado 456 que sedimenta a admissibilidade do dano social como espécie de dano inserta no artigo 944, do Código Civil: “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” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2018).

3 DANO SOCIAL X DANO MORAL COLETIVO

Desde a concepção de Antônio Junqueira de Azevedo, a doutrina busca diferenciar os danos sociais dos danos morais coletivos.

Flávio Monteiro Tartuce Silva (2014, v. 2, p. 283) assevera que, embora os conceitos sejam “muito similares”, não são “sinônimos” porque se distinguem nos fundamentos e nas causas – “o dano social englobaria também as repercussões patrimoniais” da coletividade. Fabrício Angerami Poli (2014, p. 236), por outro lado, assevera que o dano social se assemelha aos danos morais coletivos como violação dos “direitos personalíssimos dos indivíduos” inseridos em uma sociedade – distintos apenas com relação ao aspecto punitivo.

Ricardo Diego Nunes Pereira (2016) ainda sugere a distinção entre o dano moral coletivo do dano social com fundamento na definição dos interesses transindividuais trazida no artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Segundo este critério, qualificar-se-iam como dano social as violações a interesses e direitos difusos (inciso I); enquanto que o dano moral coletivo consubstancia violação a interesses e direitos coletivos em sentido estrito (inciso II) ou individuais homogêneos (inciso III). Desta forma, o dano social poderia ser identificado como aquele que atinge vítimas indetermináveis, ao contrário do dano moral coletivo (determinadas ou determináveis).

Em sentido diverso, Silvano José Gomes Flumignan (2015, p. 136) utiliza dos critérios de dano-evento e dano-prejuízo para distinguir o dano moral coletivo do dano social. Os danos morais seriam definição atinente ao dano-evento, em razão da violação de um direito da personalidade; opostamente, o dano social integra o dano-prejuízo, oriundo da violação de direitos individuais e/ou coletivos, sequer atrelados à personalidade.

Entretanto, respeitados os critérios distintivos aventados, a distinção prática está lastreada exclusivamente nas premissas adotadas. A admissão ampliativa do conceito de danos morais coletivos, como dano-prejuízo baseado em violações de qualquer natureza que repercutem negativamente (direitos personalíssimos) em uma sociedade, com viés preventivo e punitivo, aproxima as figuras. O dano social, como sugerido, nada mais é que uma espécie de danos extrapatrimoniais de natureza me-taindividual e propósito punitivo.

Deste modo, os danos morais coletivos são figura correlata aos danos sociais se associados ao propósito punitivo – como já admitido pela jurisprudência (BRASIL, 2017). A associação desta função punitiva, por outro lado, não está associada a qualquer violação de interesses/direitos – os danos sociais são, por definição, atos exemplarmente negativos, o que reaviva a importância da culpa na responsabilidade civil.

4 FUNDAMENTOS PARA O DANO SOCIAL

Nas palavras de Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino (2015), o dano social é um “instrumento paradigmático-constitucional”, que surge “para a efetivação dos objetivos do Estado”, legitimado na teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas.

Não há a menor dúvida sobre a influência da função social da responsabilidade civil no surgimento e legitimação dos danos sociais. Os elementos históricos que ensejaram no ressurgimento da função punitiva e pedagógica do “direito de danos” não podem ser ignorados – especialmente porque comuns em diversas experiências jurídicas (v.g. Espanha, Alemanha, França, Itália, Argentina, Equador, Colômbia, Chile etc.).

A constitucionalização do direito civil repercute na responsabilidade com a ampliação da tutela preventiva e reativa à “sociedade de risco”. A releitura com base na Constituição permite a dilatação do conceito de dano até nos sistemas mais restritos; como revela Cesare Salvi (2005, p. 70) sobre a expansão do modelo “típico” de danos extrapatrimoniais do Código Civil italiano.

Induvidosa a fundamentação do dano social com base no Estado Democrático a partir da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inciso II, da Constituição Federal), com base no objetivo fundamental republicano de “uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, inciso I, da Constituição) ou nos direitos fundamentais, como a “igualdade” (art. 5º, caput, da CF88). A “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” (STRADA, 2000) justifica o protagonismo da responsabilidade civil como instrumento apto a mediar conflitos e impor valores.

Entretanto, a simples alusão à dignidade da pessoa humana, à socialidade ou à soberania esvaziam seu conteúdo. Como leciona Anderson Schreiber (2013, p. 128), a menção “descomprometida” à dignidade humana lhe serve apenas para a banalização. Apontar o “paradigma constitucional” do dano social implica no enfraquecimento do instituto.

Neste esteio, apesar do inequívoco fundamento legitimador na Constituição Federal, o principal argumento de legitimidade dos danos sociais é, paradoxalmente, sua aptidão para reduzir os danos reconhecidos a partir da consagração da responsabilidade civil com viés punitivo. Admite-se uma “nova categoria de dano”, a fim de otimizar a expansão irracional até então observada, buscando legitimar a responsabilidade civil e o próprio sistema jurídico.

O crescimento irracional de danos ressarcíveis repercute negativamente no sistema de Justiça; daí exsurge a relevância da teoria do dano social. Além da justificativa constitucional, o dano social tem aptidão de conciliar a natureza compensatória da responsabilidade civil com a exigência de sua multifuncionalidade inserida na “sociedade de risco”. Constitui espécie indenizatória utilitarista, apta a harmonizar a punição, a prevenção e a reparação, sem incidir no enriquecimento sem causa do aspecto indenizatório da função punitiva dos danos morais ou na ineficiência das sanções administrativas.

Reiteradas as vozes em sistemas de Civil Law de que o modelo estritamente reparatório carece de “eficiência” (CARVAL, 1995, p. 289); dentre nós, Nelson Rosenvald (2014, p. 289) indica que o caráter exclusivamente ressarcitório traz “resposta tímida do ordenamento jurídico à necessidade social de contenção de comportamentos”.

Até mesmo o conceito de “dupla função” da responsabilidade civil se mostra superado. A complexidade das lesões e da aptidão da responsabilidade civil impõe o reconhecimento de uma multiplicidade de funções. A indenização civil é a “conjugação” do ressarcimento com a punição e a prevenção (MENEZES DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 332). Aqui, o debate muito se assemelha àquele próprio da função da pena na seara penal.

A análise pelo viés da responsabilidade civil aponta que a cisão entre prevenção e punição está sedimentada em teorias absolutas ou retributivas da pena, não mais condizentes com o sistema jurídico – ao menos não de forma exclusiva¹. Segundo Cleber Masson (2017, p. 617), o artigo 59 do Código Penal adota uma teoria

¹ Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 130) sintetiza as objeções de Claus Roxin para quem a ideia retributiva da pena “só é compreensível como mero ato de fé (irracional)”; destacável, também, a crítica de Winfried Hassemer, que reputa inaceitável a teoria absoluta da pena no direito penal moderno.

“conciliatória” da pena ao sugerir finalidade de reprobção e prevenç3o.

O car3ter ecl3tico da pena na seara criminal pode ser igualmente suplanta- do para o direito civil. A indenizaç3o punitiva n3o est3 baseada exclusivamente na expiaç3o, a rechaçar o car3ter preventivo. A prevenç3o, ainda, pode ser claramente identificada entre positiva e negativa, espec3fica e geral. Teresa Ancona Lopez (2010, p. 84) e Guido Alpa (2010, p. 128 e ss.) reconhecem a aproximaç3o entre o direito civil e o direito penal, apontando justamente o duplo aspecto da prevenç3o: geral e espec3fica, tal qual aventado na seara criminal.

Por outro lado, reconhecer o aspecto plurifuncional da responsabilidade civil imp3e fundamentaç3o espec3fica. Avalia Ricardo Dal Pizzol (2016, p. 329) que a menç3o 3 puniç3o nas condenaç3es por danos morais ostenta car3ter muito mais “ret3rico” que preventivo ou punitivo, not3vel a reproduç3o de “frases mecanizadas” sem densidade t3pica.

Consequentemente, o dano social encontra fundamento na m3ltipla funcio- nalidade da responsabilidade civil – permitindo abranger as finalidades reparat3ria, preventiva e punitiva, sem olvidar a necess3ria correspond3ncia a um dano e suprin- do v3cios de “criptofundamentaç3o” em valores aleatoriamente fixados sob o aspecto da puniç3o.

A inefici3ncia do vi3s reparat3rio possibilita a menç3o a outro fundamento dos danos sociais: o fundamento econ3mico.

A credibilidade da responsabilidade civil perpassa o aspecto da “efetiva re- paraç3o de danos”, medida a efici3ncia por meio da responsabilizaç3o do agente “na precisa extens3o do dano”. Todavia, nem sempre tal ressarcimento seria alcançado (‘underdeterrence’), o que motivaria a indenizaç3o punitiva para suprir esta defici- 3ncia em casos de il3citos lucrativos ou “microdanos” ou “ofensas dolosas sem valor social” (PIZZOL, 2016, p. 275-303).

Por 3ltimo, o dano social pode ser amparado na frustraç3o do direito sancio- nador t3pico: penal e administrativo.

De acordo com Eugenio Ra3l Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Ale- jandro Slokar (2016, p. 60), as concepç3es contempor3neas prevalentes de direito penal observam uma “ideia reitora” de “intencionalidade redutora do poder punitivo”. Os consagrados princ3pios da subsidiariedade e da fragmentariedade pretendem re- duzir o espectro de incid3ncia do direito penal, fomentando penas distintas do encar- ceramento (cf. Regras M3nimas das Naç3es Unidas para a Elaboraç3o de Medidas N3o-Privativas de Liberdade – Regras de T3quio). Discute-se “vivamente” a repara- ç3o do dano como “terceira via” do direito penal (ROXIN, 1997, p. 108).

Na esfera administrativa, o vi3s sancionador resta esvaziado pela inefici3n- cia das ag3ncias reguladoras. Conforme estudo do Tribunal de Contas da Uni3o, em 2012 somente 3,7% das multas aplicadas pelos 3rg3os estatais de fiscalizaç3o foram efetivamente recolhidas. Consoante conclus3o do pr3prio TCU, a frustrada execu- ç3o das multas impostas caracteriza reduç3o no “desempenho obtido pelas referidas entidades no cumprimento de suas miss3es institucionais, uma vez que seu poder sancionador perde parte consider3vel de sua efic3cia” (BRASIL, 2012).

Neste esteio, o dano social exsurge como alternativa 3 inefici3ncia do direito

sancionador, responde à necessária implementação da multifuncionalidade da responsabilidade civil e, ao mesmo tempo, confere segurança jurídica e efetividade ao sistema.

5 APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Simple pesquisa nos repositórios de jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais indica que, apesar do temor sugerido por alguns autores (ROSSA, 2013), o percentual de demandas com a temática é ínfimo. Apenas nove Estados têm decisões colegiadas de segundo grau sobre o dano social, sendo a vasta maioria rechaçando-o pela inobservância do princípio da adstrição² – conforme precedente repetitivo do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014). Dentre os precedentes que admitiram a figura do dano social, destacam-se decisões das Turmas Recursais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No Rio Grande do Sul, um sistema de loterias fraudulento (“Toto-bola”) ensejou a propositura de mais de uma centena de ações indenizatórias individuais. O voto condutor do Des. Eugênio Facchini Neto, que serviu de modelo nas demais demandas, indicou que, malgrado inexistisse no caso concreto “dano moral puro”, a ilicitude da conduta impunha uma “resposta” do direito civil. O dolo e a atuação “negativamente exemplar” como descritas por Antônio Junqueira de Azevedo permitiu às Turmas Recursais a condenação pecuniária com cunho sancionatório. Com efeito, foram impostos danos sociais cujo montante foi revertido ao Fundo de Defesa de Interesses Difusos, arbitrados em R\$10.400,00 em cada processo, totalizando quase dois milhões de reais em todas as demandas (RIO GRANDE DO SUL, 2007).

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a 4ª Câmara de Direito Privado decidiu que o descumprimento reiterado de decisão sumulada e de precedentes dos Tribunais Superiores, consistente na recusa indevida de internação por plano de saúde, caracteriza dano social. Assentou, em apertada síntese, que o atendimento de urgência e emergência encontra respaldo legal (Lei n. 9.656, de 1998), o que fora reafirmado por Súmula do TJSP (n. 103)³ e pelo Superior Tribunal de Justiça, intolerável a reincidência, a justificar a sanção no plano processual (recurso protelatório) e material, tanto no aspecto individual (danos morais), quanto difuso (danos sociais)⁴. O acórdão, contra o qual pende recurso especial no Superior

2 V.g. TJTO, AI 0011798-09.2015.827.0000 (TOCANTINS, 2015).

3 Súmula nº 103, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98” (Órgão Especial, 28/02/2013).

4 “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

Tribunal de Justiça, fixou danos morais em favor da parte autora em R\$50.000,00 e R\$1.000.000,00 a título de danos sociais, revertidos em favor do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

A maioria das demandas, no entanto, resta decidida de forma singela pelos Tribunais, em aplicação vertical de precedentes vinculantes (art. 927 do Código de Processo Civil). Isto porque, como já destacado, o Superior Tribunal de Justiça ressaltou, em acórdão paradigma, a necessidade de que haja pedido a fim de que os danos sociais observem o princípio da correlação (artigo 492 do Código de Processo Civil). De acordo com o “Tribunal da Cidadania” a fixação de indenização “social” em ação individual, especialmente nos casos fixados a terceiro “estranho à lide” constitui decisão “teratológica”, indicando o enunciado n. 456 do CJP, que alude à legitimidade coletiva para o dano social. Restou assentada 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 (BRASIL, 2014).

Em regra, a figura não é suscitada pelos legitimados das ações civis públicas – o que limita seu campo de aplicação, seja pelo princípio da congruência, seja pela ilegitimidade dos postulantes nas ações individuais existentes. Daí a necessidade de que os legitimados da Lei n. 7.347, de 1985, especialmente o Ministério Público – protagonista da tutela coletiva por imposição constitucional (art. 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988) –, reconheçam a relevância da figura na adoção de um paradigma preventivo e punitivo da responsabilidade civil.

6 CRITÉRIOS PARA O DANO SOCIAL

A adoção judicial do dano social sem maiores reflexões repercute contrariamente aos elementos que justificaram seu surgimento e aplicação. Por isso, impõe-se a ampliação do debate a fim de conferir efetividade ao instituto e segurança jurídica.

O primeiro aspecto sobre o conceito do dano social que precisa ser reafirmado é a exigência de “dolo ou culpa grave” (AZEVEDO, 2004, p. 382). Como leciona Cláudio Luiz Bueno de Godoy a objetivação e coletivização da responsabilidade civil não significam que a “culpa deve ser escoimada do sistema” (GODOY, 2012, p. 924). A fixação de indenização a título de pena depende justamente do elemento subjetivo, em específico o dolo ou a culpa grave. Sintetiza Ramón Daniel Pizarro (2000, p. 379) que a indenização punitiva demanda “algo mais que a mera negligência”.

Outro critério distintivo do dano social consiste na repercussão difusa. A partir do conceito exposto, o dano social não está adstrito ao patrimônio moral ou material da vítima, atingindo toda a sociedade em um “rebaixamento imediato do nível de vida da população” (AZEVEDO, 2004, p. 380), o que deve ser apurado sob parâmetros objetivos.

Os “pitorescos” exemplos doutrinários de dano social não podem ser qualificados como dano social. O “pedestre que joga papel no chão” ou o “passageiro que caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa. Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte.” (SÃO PAULO, 2013).

atende ao celular no avião” (SILVA, 2014, v. 2, p. 319) constituem atos reprováveis, mas que não extrapolam o nível de vida de toda uma população. Recomendável, portanto, a adoção de critérios objetivos capazes de indicar o rebaixamento da qualidade de vida da população.

A aferição da repercussão coletiva do dano social pode, por exemplo, basear-se nos efeitos da conduta dolosa ou gravemente culposa contra valores avaliados pela Organização das Nações Unidas no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e no Índice de Valores Humanos (IVH) como indicadores sociais – saúde, educação, renda per capita. No mesmo sentido, o IPS (Índice de Progresso Social) traz outras 53 (cinquenta e três) métricas, dentre elementos capazes de afetar o “bem-estar” coletivo e o “potencial” individual (PORTER; STERN, 2016, p. 13).

Por último, o critério mais relevante para o aperfeiçoamento da figura é o tratamento coletivo do dano social. Além da exigência de pedido, já decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, a indenização punitiva depende da legitimidade extraordinária daqueles legitimados para a tutela coletiva (*lato sensu*) e da destinação própria, capaz de evitar lides temerárias e não contrariar o modelo processual vigente.

Nos termos do enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil, na admissibilidade do dano social como inserto no artigo 944 do Código Civil, a legitimidade é própria das ações coletivas. Neste esteio, a fixação da indenização em demandas individuais em favor do autor, como sugerido no ensaio original, viola a legitimidade ordinária (artigo 18 do Código de Processo Civil), pois excepcional a “legitimidade coletiva do cidadão ou indivíduo” (NEVES, 2016, p. 190).

A questão da legitimidade, aliás, afeta também o aspecto da destinação. Malgrado seja prática recorrente nos precedentes sobre o tema, a fixação da indenização em favor de terceiros (v.g. entidades beneficentes e hospitais públicos) amplia subjetivamente a lide de forma indevida. De acordo com Judith Martins-Costa (2014, p. 7102), a solução aventada reflete a figura de um “trem descarrilhado” no âmbito da responsabilidade civil, violando, em específico, critérios de isonomia e fundamentação para o “prêmio” a terceiro estranho à lide.

Aqui, ilustrativa a Súmula n. 58 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. No panorama do poder conferido para tomar termo de ajustamento de conduta (TAC)⁵, o órgão de administração superior do Ministério Público de São Paulo⁶, responsável pelo arquivamento de inquéritos civis e pela homologação de eficácia dos compromissos firmados pelos demais órgãos de execução do Parquet, estabelece que: “SOMENTE SE HOMOLOGA” termo de ajustamento de conduta se as “indenizações e multas” forem “obrigatoriamente destinadas para fundos de proteção de direitos transindividuais”⁷. Analogamente, o dano social, em *ultima ratio*, consubstancia verba de natureza idêntica porque destinado a reparar

5 “Art. 5º. [...] § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (BRASIL, 1985).

6 Lei Complementar do Estado de São Paulo n. 734, de 1993, art. 5o, inciso III.

7 “SOMENTE SE HOMOLOGA promoção de arquivamento fundada em Termo de Ajustamento de Conduta desde que indenizações e multas, cominatórias e/ou compensatórias, sejam obrigatoriamente destinadas para os fundos de proteção de direitos transindividuais legalmente previstos” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2016, caixa alta original do texto).

lesão que extrapola o interesse subjetivo das vítimas diretas, repercutindo de forma difusa no âmago social. Deste modo, ainda que admitida a legitimidade extraordinária de qualquer ofendido, a destinação da verba não pode ser aleatoriamente fixada para terceiro.

Por fim, destaca-se que a quantificação da indenização punitiva não discrepa dos paradigmas já consagrados no tocante aos danos morais, especialmente os coletivos. A gravidade da conduta, aqui também inerente ao conceito, serve como definição do quantum, tanto quanto a extensão do dano na coletividade (art. 944 do Código Civil). Salutar a adoção do método bifásico sugerido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (SANSEVERINO, 2010, p. 288), que confere previsibilidade com base nos precedentes jurisprudenciais para casos análogos.

7 CONCLUSÃO

Caracterizada a ineficiência do direito penal e do direito administrativo sancionador, transmite-se ao direito civil a esperança de regulação da sociedade. A punição na esfera cível decorre da dissipação do “muro” construído entre o direito público e o direito privado; inolvidável, todavia, a observância de critérios capazes de conferir eficiência aos “novos danos” sugeridos, sem que haja indevida litigiosidade, com a proliferação de lides temerárias e flexibilização indevida dos filtros do dever de indenizar.

A figura do dano social surge com o propósito de acobertar o protagonismo da responsabilidade civil, suprir vícios do direito essencialmente sancionador e, ainda, otimizar o tratamento das demandas indenizatórias.

Para tanto, porém, salutar a observância de critérios, como a efetiva repercussão difusa, a demonstração do elemento subjetivo e o tratamento próprio da tutela coletiva. O Ministério Público, como litigante ativo ou fiscal da lei das demandas coletivas, tem a responsabilidade de assegurar a eficácia das decisões condenatórias – resguardando o viés preventivo e punitivo da responsabilidade civil. Neste propósito, o dano social tem aptidão de, a um só tempo, consagrar a multifuncionalidade da responsabilidade civil e acobertar a ampliação do conceito de dano e de interesses tutelados, sem olvidar a racionalização da litigiosidade e o pressuposto do dever de indenizar: o dano.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. **La responsabilità civile**. Parte Generale. Torino: UTET, 2010.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 50, n. 19, pp. 211-218, jul./set., 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. **Dano Social como instrumento paradigmático-constitucional de efetivação da dignidade humana**. 2015. Disponível em: <<http://brasilino.adv.br/?p=40>>, acesso em 12 de maio de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento no AREsp 1067993/RO**, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 09 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acesso em: 04 maio 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo RL (Relatório de Levantamento) n. 022.631/2009-0**, Rel. Raimundo Carreiro, Plenário (acórdão 482/2012), sessão 07 de março de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Reclamação n. 12.062-GO**, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Turma, julgada em 12 de novembro de 2014, nos termos dos artigos 543-C, do Código de Processo de 1973 (atual art. 1.036, do Novo Código de Processo Civil).

BRASIL. **Lei n. 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 07 maio 2018.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça. **AI 0011798-09.2015.827.0000**, Rel. Juíza convocada Célia Regina Regis, 1ª Câmara Cível, julgado em 09 de dezembro de 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado Cível n. 71001249796**, Rel. Des. Eugênio Facchini Neto (3a Turma Recursal), julgado em 27 mar. 2007.

SÃO PAULO. **Lei Complementar do Estado de São Paulo n. 734**, de 27 de novembro de 1993. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=14474>>. Acesso em: 07 maio 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Ap. n. 0027158-41.2010.8.26.0564**, Rel. Des. Teixeira Leite; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18 de julho de 2013.

CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée**. Paris: L.G.D.J., 1995.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acesso em: 04 maio 2018.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Uma nova proposta para a diferenciação entre o

dano moral, o dano social e os punitive damages. **Revista dos Tribunais**, vol. 958, ano 104, p. 119-147. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2015.

ROSSA, Gabrielle Barroso. O dano social na prática: A nova tendência nas ações judiciais contra grandes empresas. **Portal Migalhas**, 10 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI180129,51045-O+dano+social+na+pratica>>. Acesso em: 04 maio 2018.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Artigo 927**. In: PELUSO, Cezar (Coord.). Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. 6. ed. Barueri: Manole, 2012.

JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista Forense**, fasc. 454, Vol. LXXXVI, pp. 52-63, Rio de Janeiro, abril de 1941.

STRADA, Alexei Julio. **La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, ano 3, n. 9, Lisboa, pp. 7073-7122, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**, Volume I – Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Método, 2017.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários Ao Novo Código Civil** - Volume XIII (arts. 927 a 965), da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Súmulas do Conselho Superior do Ministério Público (CSMP)**, n. 1 a 59. Enunciado n. 58 – São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas>. Acesso em: 03 mar. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. **Os novos danos**: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abril 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11307>. Acesso em 22 de abril de 2018.

PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**: prevención, reparación, punición : el daño moral en las diversas ramas del derecho. Colección Responsabilidad Civil, v. 17. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

PIZZOL, Ricardo Dal. **As funções punitivas e preventivas da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

vil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, 300p.

PORTER, Michael; STERN, Scott. Índice Progresso Social 2016 – Resumo Executivo, Social Progress Imperative, 2016. Disponível em: <http://www.progressosocial.org.br/wp-content/uploads/2016/07/PT_SPI-2016-Executive-Summary.pdf>. Acesso em: 01 set. 2016.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte General. Madrid: Civitas, 1997.

SALVI, Cesare. La responsabilità civile – Trattato di diritto privato (a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti). 2..ed. Milano: Giuffrè, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Princípio da reparação integral - indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Flávio Monteiro Tartuce. Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 2.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria do Delito, introdução histórica. 2..ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, v. 2.

Submetido: 12/06/2018

Aprovado: 23/01/2019

