

*Antonio Junqueira de Azevedo*

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP

**Novos Estudos e Pareceres  
de Direito Privado**

*Junqueira de Azevedo*

2009

Oliveira Matos Advogados  
BIBLIOTECA

139

 **Editora  
Saraiva**

*São Paulo: Saraiva, 2009.*

## 21. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social<sup>1</sup>

### 1. Introdução

1. O grande tema, em matéria de responsabilidade civil, na década de noventa, foi o dos danos morais. Apesar, porém, do tempo decorrido, da intensa produção doutrinária e da vasta jurisprudência, não se chegou a nenhum critério que pudesse pacificar o debate sobre sua quantificação. Se essa questão, hoje, parece menos vibrante, isso deve antes ao cansaço dos contendores que ao fato de terem encontrado uma solução. Certamente uma das grandes dificuldades para essa não-conclusão dos juristas brasileiros foi a falta de acordo sobre os exatos fundamentos da responsabilidade pelos danos morais, ou seja, sobre se a indenização constituía somente uma espécie de compensação por sofrimentos psíquicos e lesões a direitos de personalidade, inclusive de pessoas jurídicas, ou se devia também incluir um *plus*, os chamados “*punitive damages*”. Ademais, nesses “*punitive damages*”, grande parte da doutrina brasileira, à semelhança da norte-americana, ora tinha em vista uma punição do agente ora uma dissuasão, ou desestímulo, à prática de atividades nocivas. Neste artigo, não trataremos exatamente de quantificação, e sim, mais exatamente, do que pode ser coberto pela indenização, isto é, das várias categorias de dano, porque pensamos que há, sobre o assunto, coisas novas a dizer.

2. O advento do novo Código Civil trouxe, pelo menos aparentemente, uma modificação no quadro anterior; introduziu regra sem correspondência no Código de 1916, o art. 944 (“*A indenização mede-se pela extensão do dano*”) que, numa primeira leitura, impede qualquer acréscimo na indenização. Esta, segundo o artigo, somente poderá ser nos limites do dano. E o dano, dizem, é patrimonial ou moral. Logo, não seria mais possível qualquer imputação de “*punitive damages*”, no sentido próprio, nem como punição nem como

---

1. Este ensaio foi publicado originalmente na Revista Trimestral de Direito Civil, ano 5, v. 19, julset 2004.

desestímulo. Obviamente, não estamos cogitando de decisões que, **dissimuladamente**, aumentem as indenizações, carregando no valor dos danos da vítima, sem declarar que esse aumento é punição ou desestímulo – isso não deve ocorrer, é mau direito. Perante a lei, então, continuando nosso raciocínio sobre a primeira leitura, os danos, especialmente os morais, não poderiam ser aumentados com um **plus**, a título de pena ou de dissuasão, porque essas verbas não são, evidentemente, cobertura dos danos da vítima. Têm outras finalidades; basta pensar, aliás, que estão centradas no agente do dano, e não na vítima.

3. À moda medieval, depois de posta a seguinte proposição: “*a indenização visa cobrir o dano e somente pode ser fixada no limite do dano, o que impede acréscimos de verbas punitivas e de quantias devidas a título de desestímulo*”, passaremos a expor dialeticamente um novo ponto de vista, no sentido de que é cabível o que parecia proibido. Isto se fará pela admissão de uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social.

## 2. O dano social

4. A visão tradicional do dano somente vê aquelas duas espécies, o patrimonial e o moral. O dano patrimonial inclui os danos emergentes e os lucros cessantes. O dano moral, por sua vez, é, na verdade, o não-patrimonial; deve ser conceituado **por exclusão** e é todo aquele dano que ou não tem valor econômico ou não pode ser quantificado com precisão. Em geral, esse dano moral será um dano de sofrimento, daí se falar em “*pretium doloris*”, mas algumas vezes haverá também dano moral que foge a essa caracterização, porque se trata de dano – e basta pensar nas pessoas jurídicas, ou nas pessoas físicas que não têm condições de discernimento, ou ainda nos nascituros – que representa algum prejuízo não avaliável pecuniariamente de modo exato. (Observamos entre parêntesis que, se não fosse isso, os velhos argumentos de que o dano moral não deve ser pago em dinheiro e sim, conduzir a uma restauração do *statu quo* anterior ao ato lesivo por meios também morais, não poderiam ser desprezados).

5. O momento que estamos vivendo, especialmente no Brasil, de profunda insegurança quanto à própria vida e incolumidade física e psíquica, deveria levar todos os juristas, independentemente do seu campo de atuação, a refletir e procurar soluções para aquilo que poderíamos afirmar, pedindo desculpas, se for o caso, aos penalistas, como ineficiência do direito penal para impedir crimes e contravenções – atos ilícitos, na linguagem civilista. Segue-se daí que a tradicional separação entre direito civil e direito penal, ficando o primeiro com

a questão da reparação e o último com a questão da punição, merece ser repensada. Do nosso lado, o lado civilista, cumpre lembrar, antes mais nada, que **não é verdade** que o direito civil não puna. Em várias situações, o próprio Código Civil emprega até mesmo a palavra “pena”. Assim, exemplificativamente, após prever que o herdeiro que sonega bens da herança perde o direito que sobre eles tinha (art. 1.992), determina (art. 1.993): “**além da pena cominada no artigo antecedente, se o sonegador etc. etc.**” Nos artigos 939 e 940, o Código prescreve que o credor ganancioso que cobra o devedor antes do vencimento da dívida ou demanda por dívida já paga sofre sanções patrimoniais e, no artigo 941, determina: “**as penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão etc. etc.**”

6. Inúmeras outras vezes, em todos os campos do direito civil, ainda que não empregando a palavra “pena”, a punição, no Código, é evidente. Prosseguindo nos exemplos: o artigo 1.336 prevê os deveres dos condôminos e, nos seus parágrafos, prescreve **multa** para o condômino que não os cumpre (além de sofrer as conseqüências da mora e das perdas e danos em geral). Por força do art. 1.814, aqueles que houverem sido autores de homicídio doloso, acusação caluniosa, ou usarem de violência contra a liberdade de testar são excluídos da sucessão (obviamente uma pena). Segundo o art. 1.962, aqueles que praticam ofensa física, injúria grave, mantêm relações ilícitas com madrasta ou com o padrasto, ou deixam ascendentes em desamparo podem ser deserdados, o que também, evidentemente, é uma pena. O possuidor da boa-fé (art. 1.219) que faz benfeitorias úteis, melhorando, portanto, o imóvel alheio, tem direito à indenização, como tem também direito a levantar as benfeitorias voluptuárias, mas, se de má-fé (art. 1.220), perde o direito à indenização pelas benfeitorias úteis e não pode levantar as voluptuárias – é uma punição, eis que a situação do proprietário é a mesma das hipóteses anteriores.

7. Alguns casos são tão comuns na vida civil, que o caráter penal de certas disposições legais passa despercebido. O devedor em mora responde não apenas pelas conseqüências dessa situação (perdas e danos), mas também arca com eventual impossibilidade da prestação resultante de caso fortuito ou força maior (*perpetuatio obligationis* – há, pois, agravamento da situação resultante da mora, que é ilícito contratual, art. 399). Situação semelhante se encontra no art. 667 e seu parágrafo primeiro, quando o procurador substabelece seus poderes, apesar da proibição do mandante. Não prosseguimos com os exemplos para não cansar o leitor. A pena no direito civil, como se percebe dos casos citados, não exige a tipicidade rígida própria do direito penal.

8. Admitida a idéia de punição no direito civil e, assim, quebrando eventual preconceito sobre a radical separação das áreas jurídicas, cumpre voltarmos ao cabimento da pena na responsabilidade civil. O agravamento da indenização, no nosso atual direito positivo, põe dois problemas: a) a punição somente seria

possível nos casos de responsabilidade subjetiva, eis que somente nela o juiz examina o dolo ou a culpa; seria, pois, incabível, à primeira vista, na responsabilidade objetiva; e b) a pena, representada pelo aumento da indenização, estaria, como já dissemos, impedida pelo artigo 944 do novo Código Civil.

9. Antes de passarmos a responder a essas objeções, lembramos que, sobre o agravamento da indenização, há que considerar ainda a indenização a título de desestímulo. Aqui também, como veremos, se trata de dano social, mas a indenização, apesar desse mesmo fundamento, tem finalidades e características diversas da punição. Observamos, sobre isso, que a pena tem em vista um **fato passado** enquanto que o valor de desestímulo tem em vista o **comportamento futuro**; há punição *versus* prevenção. O desestímulo é tanto para o agente quanto para outros que fiquem tentados a repetir o mesmo ato lesivo. Nesse sentido, a indenização dissuasória é **didática**. Como todo ensinamento, projeta-se no futuro. O valor de desestímulo, por outro lado, voltando à comparação com a punição, é especialmente útil quando se trata de empresa, pessoa jurídica, agindo no exercício de suas atividades profissionais, em geral atividades dirigidas ao público, como no caso de consumidores. Portanto, apesar do mesmo fundamento – dano social –, as verbas devem ser discriminadas; as diferenças entre verbas de punição e verbas de desestímulo se apresentam nas razões justificadoras (fatos passados e fatos futuros) e, em linha de princípio, também quando se põe a atenção nas pessoas visadas (pessoas físicas na punição e pessoas jurídicas na dissuasão). Embora se admita punição de pessoa jurídica e desestímulo à pessoa física, os casos de exceção pouco contam no raciocínio tipológico que estamos desenvolvendo.

10. Quanto, pois, à primeira objeção, relativa à limitação da punição aos casos de responsabilidade subjetiva, cumpre dizer que até mesmo nos casos de responsabilidade objetiva o juiz pode perfeitamente fazer o exame do dolo ou da culpa grave (a culpa simples, para as nossas considerações, aqui, não importa). É sabido que a adoção da responsabilidade objetiva pela legislação não “eliminou do mapa” a responsabilidade subjetiva; esta continua a atuar em todas as brechas em que não cabe responsabilidade objetiva e, além disso, pode ser cumulada como causa de indenização nos casos de responsabilidade objetiva. Por outro lado, convém não esquecer, se a finalidade da indenização for a de dissuasão, nem é preciso examinar dolo ou culpa grave; o desestímulo é cabível ainda que se fique exclusivamente no campo da responsabilidade objetiva.

11. A segunda questão é mais importante e representa o ponto central das presentes considerações: é que 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.** Isto é particularmente

evidente quando se trata da segurança, que traz diminuição da tranquilidade social, ou de quebra da confiança, em situações contratuais ou paracontratuais, que acarreta redução da qualidade coletiva de vida.

12. A obrigação de segurança (segurança de vida e de integridade física e psíquica), durante a segunda metade do século XX, era vista como resultante de uma cláusula contratual, explícita ou implícita. As primeiras considerações vieram a respeito dos contratos de transporte; o transportador devia garantir a incolumidade do transportado. Depois, entendeu-se também a obrigação de segurança como existente em contratos como os de ensino, de hospedagem, de trabalho, de internação em hospital e assim por diante. Hoje, a obrigação de segurança é autônoma, está “descontratualizada”, de tal forma que, até mesmo sem contrato, qualquer pessoa que tenha algum poder físico sobre outra é responsável por sua segurança, tem dever de cuidado – o que explica a responsabilidade do transportador no transporte totalmente gratuito e em outras situações nas quais absolutamente não há contrato, como o de um visitante que escorrega no saguão de entrada de um prédio de escritório. A segurança, nem é preciso salientar, constitui um valor para qualquer sociedade. Quanto mais segurança, melhor a sociedade, quando menos, pior. Logo, qualquer ato doloso ou gravemente culposos, em que o sujeito “A” lesa o sujeito “B”, especialmente em sua vida ou integridade física e psíquica, além dos danos patrimoniais ou morais causados à vítima, é causa também de um dano à sociedade como um todo e, assim, o agente deve responder por isso. O art. 944 no Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também – esse é o ponto – uma indenização pelo **dano social**. A “pena” – agora, entre aspas, porque no fundo, é reposição à sociedade –, visa restaurar o nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito.

13. Por outro lado, o mesmo raciocínio deve ser feito quanto 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. Se, por exemplo, uma empresa de transporte aéreo atrasa sistematicamente os seus vôos, não basta, na ação individual de um consumidor, a indenização pelos danos patrimoniais e morais da vítima. É evidente que essa empresa – ou outra que a imite – está diminuindo as expectativas de bem-estar de toda a população. É muito diferente o passageiro sair de casa confiante quando ao cumprimento dos horários de seus compromissos ou, nas mesmas condições, sair na angústia do imprevisível. As sociedades têm um nível de qualidade de vida que é até mesmo mensurado estatisticamente, por exemplo, com os índices de desenvolvimento humano (IDH).

14. O recente caso, relativamente divertido, do cantor Zeca Pagodinho, se tudo se tivesse passado até o fim nos exatos termos queridos pelo contrato que consubstanciava aliciamento do cantor, o segundo contrato, é ilustrativo. O desrespeito doloso do primeiro contrato, e o mau exemplo, no comportamento do cantor – sempre racionando por hipótese e considerando que tudo se passou como publicado –, em conluio com a Ambev, não deveria levar somente à indenização das perdas e danos da primeira contratante. Na verdade, se não houvesse um *plus* de indenização – pago por ele e pela Ambev –, tendo por causa o segundo acordo, estaríamos diante da falta de consequência para um ato doloso e diante de um evidente estímulo ao descumprimento dos contratos. A tolerância para com o dolo e para com o descumprimento da palavra (seria *alterum laedere e suum cuique non tribuere*, tudo ao contrário do que deveria ser) são os piores males para uma sociedade. Em resumo, é preciso repor, quer num caso, por punição, quer noutro, por dissuasão, o que foi tirado da sociedade. O dano social se apresenta aqui nas duas vertentes: merece punição e acréscimo dissuasório, ou didático. O próprio Código Civil, no art. 608, prevê o *plus*: “Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos”. O antigo art. 1.235, sobre serviços agrícolas, era ainda mais rigoroso: “Aquele que aliciar pessoas obrigadas a outrem por locação de serviços agrícolas, haja ou não instrumento deste contrato, pagará em dobro ao locatário prejudicado a importância, que ao locador, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 4 (quatro) anos”.

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

### 3. Uma dificuldade

16. Um ponto bastante difícil consiste no saber a quem atribuir a indenização pelos danos sociais num processo judicial em que parte é um indivíduo.

Por que entregar à vítima um *plus*, quer a título de punição do agente quer a título de desestímulo, quando essas quantias resultam de dano social? A nossa resposta, a favor da entrega desse *plus* à vítima, é somente uma opção de política legislativa. É verdade que o acréscimo de indenização, resultante do dano social, poderia ir para um fundo, como já ocorre no caso dos danos ambientais. (Entre parêntesis: embora coletivos, os danos ambientais não se confundem com os sociais; aqueles, os ambientais, são “materiais”, verificáveis pela biologia e ecologia, estes, são “sociais”, apuráveis pela sociologia e estatística, além de todo um ineliminável histórico de ambos a impedir confusão). Também o parágrafo único do art. 883 do Código Civil admite a idéia da não-destinação dos valores da condenação aos indivíduos envolvidos. Transcrevemos o art. 883 (aliás, no *caput* há outra hipótese de punição no direito civil): “*Não terá direito a repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei*”. E o parágrafo único, prevendo a não-destinação aos particulares interessados: “*No caso desse artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz*”.

17. Todavia, ainda que não sejamos grandes administradores da cultura jurídica norte-americana, pensamos que a indenização por dano social deva ser entregue à própria vítima, que foi parte do processo, eis que, para a obtenção da indenização, foi ela quem de fato trabalhou. O operário faz jus ao seu salário. Os danos sociais, em tese, poderiam ir para um fundo como ressarcimento à sociedade, mas aí deveria ser por ação dos órgãos da sociedade, como o Ministério Público. As condições concretas que vivemos não são, porém, favoráveis à criação de mais deveres para o Estado. É irrealismo; o Ministério Público já tem trabalho suficiente. Aqui, no caso, estamos, pois, entendendo que o particular, na sua ação individual de responsabilidade civil, age também como defensor da sociedade. Exerce um *munus* público que alguns autores americanos, a respeito da mesma situação nos “*punitive damages*”, denominam “*private attorney general*”. O autor, vítima, que move a ação, age também como um “promotor público privado” e, por isso, merece a recompensa. Embora esse ponto não seja facilmente aceito no quadro da mentalidade jurídica brasileiro, parece-nos que é preciso recompensar, e estimular, aquele que, embora por interesse próprio, age em benefício da sociedade. Trata-se de incentivo para um aperfeiçoamento geral.

#### 4. Conclusão

18. Conforme todo o exposto, estamos defendendo uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. Nas ações de indenização, devem as partes e o juiz agir com clareza. Todas as verbas devem ser discriminadas com explicitação dos títulos que levam ao seu reconhecimento. Poderá haver:

a) o dano patrimonial individual, a ser fixado com os dados dos danos emergentes e dos lucros cessantes; b) o dano moral individual como compensação, determinada basicamente por arbitramento; e c) o dano social, ou como punição, por ter o autor agido com dolo ou culpa grave, ou como dissuasão, para não levar à repetição, pelo agente ou por outros, dos mesmos atos. A indenização, qualquer que seja, deverá ser entregue à própria vítima.

ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO  
Professor Titular da Faculdade de Direito da USP