

OS NOVOS DANOS: DANOS MORAIS COLETIVOS, DANOS SOCIAIS E DANOS POR PERDA DE UMA CHANCE

Ricardo Diego Nunes Pereira¹

“O direito deve ser mais esperto do que o torto, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé” (RICARDO TORRES HERMANN, Juiz de Direito integrante da Primeira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul)

1 INTRODUÇÃO

Resumidamente, a responsabilidade civil configura-se à medida que três elementos restam caracterizados: atuação lesiva ou culposa (sentido amplo) do agente, dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade necessária/adequada entre a conduta e o dano. Dessas três dimensões da responsabilidade civil, o **dano**, conforme observou Anderson Schreiber (*apud* TARTUCE, 2009), no direito civil contemporâneo, deixou de ter papel coadjuvante e passou a ter papel principal, diante de uma constante preocupação com a **vítima**.

Exemplo maior dessa tendência é o próprio desenvolvimento da responsabilidade civil objetiva e das teorias do risco. Enquanto a responsabilidade civil subjetiva abarca esses três elementos (conduta, dano e nexo causal), sendo possível se falar em excludentes de responsabilidade em razão do rompimento do nexo de causalidade, na responsabilidade civil objetiva, fundada que é nas teorias do risco², têm-se como enfoque os

¹ Advogado, graduado pela Universidade Federal de Sergipe – UFS, e pós-graduando em Direito do Estado pela Faculdade Social da Bahia.

² No escólio de Cavalieri Filho (2008, p. 136/139), as Teorias do Risco são: risco-proveito (“o responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa”), risco profissional (“o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado”), risco excepcional (“a reparação é devida sempre que o dano é consequência de um risco excepcional, que escapa à atividade comum da vítima”), risco criado (“aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo”) e risco integral (“o dever de indenizar se faz presente tão-só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior”).

elementos dano e nexos de causalidade. Neste último caso, também são possíveis as excludentes de responsabilidade, pois ainda está presente a análise do nexo causal.

Para mais disso, a responsabilidade por danos ambientais é do tipo risco integral, consoante defende parte da doutrina, contando ainda com o supedâneo do STJ (REsp 442586/SP), ou seja, o dever de indenizar está presente tão só em face do **dano**, em razão dos enormes riscos derivados da exploração da atividade nuclear. Aqui, não haveria margem para questionamentos acerca das excludentes de responsabilidade, como o caso fortuito (interno e externo) e a força maior, o fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro, em vista mesmo de não se ter presente a análise do nexo causal (PEREIRA, 2010).³

É nesse contexto que surgem novas situações existenciais de dano e novas categorias de prejuízos. Analisar-se-á, daqui para frente, a ampliação das categorias de danos e o tratamento jurisprudencial dado aos chamados **novos danos**, aqui aventados em três espécies: **danos morais coletivos**, **danos sociais** e **danos por perda de uma chance**.⁴

2 OS DANOS TRADICIONAIS: DANO PATRIMONIAL E DANO MORAL INDIVIDUAL

O dano é a lesão a um bem jurídico, tendo duas vertentes clássicas: a patrimonial e a moral. O dano patrimonial ocorre quando uma pessoa é ofendida em seus atributos econômico-financeiros, podendo, o dano, ser diretamente sofrido pela vítima (dano emergente) ou corresponder àquilo que o lesado deixou de auferir razoavelmente – *rectius*: certamente – durante determinado período (lucro cessante).

³ Cf., nesse sentido, para maiores detalhes: PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Responsabilidade civil ambiental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2403, 29 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14263>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

⁴ Outro estudo acerca dos novos danos, mas com enfoque diferenciado deste, pode ser visto no seguinte artigo: GREY, Natália de Campos. Os novos danos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2109, 10 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12600>>. Acesso em: 26 jun. 2010. Ademais, poder-se-ia mencionar a tese do abandono paterno filial (teoria do desamor) como uma nova situação existencial de dano, onde, segundo a maior parte da doutrina, a liberdade dos pais sucumbe frente à solidariedade em favor dos filhos.

O dano moral já foi conceituado como tudo aquilo que não fosse patrimonial ou mesmo aquilo que atingisse a psique. Modernamente, principalmente após a Constituição brasileira de 1988, é mais apropriado falar em dano moral como uma lesão à dignidade da pessoa humana, tendo como característica a violação à igualdade, liberdade, solidariedade e integridade psicofísica. No sentido posto, afirma Cavalieri Filho (2008, p. 80):

[...] dano moral é *violação do direito à dignidade*, [...] que já começou a ser assimilado pelo judiciário, conforme se constata do aresto a seguir transcrito: “Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável [*rectius*: compensável, reparado]. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória” (Ap. cível 40.541, rel. Des. Xavier Vieira, in *ADCOAS 144.719*).

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame e sofrimento podem ser conseqüências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.

Nesse caso, a reparação ou compensação – não sendo correto se falar propriamente de indenização, pois devolver o patrimônio ao seu *status quo ante* é inviável em se tratando de dano extrapatrimonial – deve levar em consideração a extensão do dano (art. 944 do CC), a condição pessoal (e não econômica) da vítima e o grau de culpa do ofensor. Além dessa função compensatória, que observa a pessoa da vítima (o que se fez?), muito se discute sobre a função punitiva e seu caráter inibitório-educativo, observando-se a pessoa do ofensor (quem fez?). Os critérios para o *punitive damage* são a condição econômica do ofensor, a título de desestímulo para a prática de atos lesivos, e o grau de culpa do ofensor.

Para muitos autores, o dano estético, isto é, aquele que ofende a morfologia, a estrutura externa do ser humano, seria uma variação do próprio dano moral. Mesmo assim, merece ser registrado esse aspecto do dano.

Por fim, mister aduzir que há possibilidade de cumulação das vertentes expostas, consoante o permissivo dado nos enunciados 37 e 387 da súmula da jurisprudência dominante do STJ.

3 OS NOVOS DANOS: DANOS MORAIS COLETIVOS, DANOS SOCIAIS E DANOS POR PERDA DE UMA CHANCE

Essa parte do trabalho, extraída das lições dos professores Flávio Tartuce (2008) e Nelson Rosenvald (2008), será conduzida da seguinte forma. Primeiro, para cada tipo de dano dar-se-á a definição. Após, apresentar-se-ão casos práticos da jurisprudência pátria.

A) Danos Morais Coletivos

Os danos morais coletivos estão atrelados à 3ª geração do constitucionalismo: a solidariedade. Segundo Bittar Filho (*apud* TARTUCE, 2009), estão presentes quando há violação a direitos da personalidade em seu aspecto individual homogêneo ou coletivo em sentido estrito, em que as vítimas são determinadas ou determináveis (correspondem ao art. 81, parágrafo único, incisos II e III do CDC)⁵. A indenização é destinada a elas, vítimas, diferentemente do dano social, como se verá.

O Superior Tribunal de Justiça em duas oportunidades tratou do dano moral coletivo. No REsp. 866.636/SP, DJ 06/12/2007, a 3ª Turma do STJ, na questão conhecida como “o caso das pílulas de farinha”, posicionou-se **a favor** da compensação pelos danos morais coletivamente sofridos. Já a 1ª Turma do STJ, em outro julgamento (REsp. 598.281/MG, DJ 01/06/2006), que tinha como objeto um dano ambiental, posicionou-se **contra** tal reparação coletiva. Vejamos as ementas:

⁵ 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:

I - *omissis*;

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 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.

Civil e processo civil. Recurso especial. Ação civil pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Pedido de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. Discussão vinculada à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação e à compensação pelos danos morais sofridos. [...] *A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais, em liquidação posterior.* Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp. 866.636/SP, DJ 06/12/2007, a 3ª Turma)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (STJ, REsp. 598.281/MG, DJ 01/06/2006, 1ª Turma)

B) Danos Sociais

Os danos sociais, nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, são aqueles que causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade e que decorrem de conduta socialmente reprováveis. Tal tipo de dano dá-se quando as empresas praticam atos negativamente exemplares, ou seja, condutas corriqueiras que causam mal estar social. Envolve interesses difusos e as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis (correspondem ao art. 81, parágrafo único, inciso I do CDC)⁶.

Nesse caso, quando o juiz percebe condutas socialmente reprováveis, fixa a verba compensatória e aquela de caráter punitiva a título de dano social. Essa indenização derivada do dano social não é para a vítima, sendo destinada

⁶ 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:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; [...]

a um fundo de proteção consumeirista (art. 100 do CDC), ambiental ou trabalhista, por exemplo, ou até mesmo instituição de caridade, a critério do juiz (art. 883, parágrafo único do CC). Enfim, é a aplicação da função social da responsabilidade civil (é cláusula geral; norma de ordem pública).

Alguns casos práticos podem ser citados. Um deles é a decisão do TRT-2ª Região (processo 2007-2288), que condenou o Sindicato dos Metroviários de São Paulo e a Cia do Metrô a pagarem 450 cestas básicas a entidades beneficentes por greve abusiva.

O caso mais emblemático, porém, é o da fraude em sistema de loteria, chamado de “caso totobola”. Nesse episódio, o TJ/RS, no Recurso Cível 71001281054, DJ 18/07/2007, determinou, de ofício, indenização a título de dano social para o Fundo de Proteção aos Consumidores. Confira-se a ementa:

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.

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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 parcialmente provido.

Visando a observar como seria o entendimento dos Juizados Especiais Cíveis de Aracaju/SE, o autor do presente artigo, em processo judicial onde figurava como patrono, lançou a tese do dano social para apreciação do juízo, argumentando que a Universidade privada, no caso posto, estaria cometendo, reiteradamente, práticas abusivas contra a globalidade de seus alunos. Contudo, o 3º JEC, no processo 200940300374, assim expôs a questão: “Apesar de ser medida de intenção louvável a condenação das infratoras dos direitos dos consumidores em danos sociais, esta tese ainda encontra-se tímida no ordenamento jurídico brasileiro e sem embasamento legal que a sustente”.

Ultrapassados esses pontos, importante fazer uma comparação entre os danos até aqui tratados, através do seguinte quadro:

Espécie de Dano	<u>Dano individual</u>	<u>Dano moral coletivo</u>	<u>Dano social</u>
Aspecto do Direito violado	Individual	Individual homogêneo ou coletivo em sentido estrito (art. 81, parágrafo único, II e III, CDC)	Difuso (art. 81, parágrafo único, I, CDC)
Indenização	Para vítima	Para vítima	Para Fundo de Proteção
Vítima	Determinada	Determinada ou determinável	Indeterminada ou indeterminável

C) Danos por perda de uma chance

Trata-se de uma teoria de origem francesa e também com base italiana que admite a reparação dos danos decorrentes da perda de uma oportunidade ou da frustração de uma expectativa de um fato que possivelmente ocorreria, desde que a chance seja séria e real. Esse conceito é o dado por Sérgio Savi e Rafael Pettefi da Silva (*apud* TARTUCE, 2009). Para Savi (*apud* TARTUCE, 2009), a chance é séria e real quando tem probabilidade de 50% ou mais para ocorrência do fato. Nesse caso, a chance teria valor econômico e, portanto, mereceria a reparação civil.

Para Nelson Rosenvald (2008), a perda de uma chance é um *tertium genus*, isto é, uma terceira espécie de dano patrimonial, entre o dano emergente e o lucro cessante, e, em regra, seu valor a título de reparação será menor do que aquele que seria a título de lucro cessante, posto que a indenização da perda de uma chance baseia-se em uma porcentagem, determinada pela probabilidade de ganho real, do valor auferido do lucro cessante. É, enfim, a aplicação de uma razoabilidade em danos patrimoniais.

No Superior Tribunal de Justiça, o caso mais emblemático é o do “show do milhão”. Segue a ementa:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (STJ, REsp 788459/BA, DJ 13/03/2006)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ampliação das categorias de dano resulta, como já foi dito, de uma maior preocupação com o polo da vítima, seja numa percepção individual, seja coletiva ou mesmo difusa.

O modo como a jurisprudência vem tratando as espécies aqui abordadas – dano moral coletivo, dano social e dano por perda de uma chance – mostra uma tendência de maior proteção a direitos coletivamente tutelados e

sua reparação em havendo lesão (no caso do dano moral coletivo e dano social), superando-se, assim, o caráter individualista e egoístico da responsabilidade civil. Ao contrário, fazem-se loas à função social da responsabilidade civil.

De outro lado, no caso de danos por perda de uma chance, lança-se essa hipótese como uma terceira espécie do dano patrimonial clássico, outrora albergado somente pelo dano emergente e lucro cessante.

De um modo ou de outro, pode-se concluir que os novos danos, tais como aqui descritos, representam uma nova e importante dimensão a ser dada naquilo que remete à responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

GREY, Natália de Campos. Os novos danos. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 13, n. 2109, 10 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12600>>. Acesso em: 26 jun. 2010.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Responsabilidade civil ambiental. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 14, n. 2403, 29 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14263>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

ROSENVALD, Nelson. **Responsabilidade Civil**. Curso proferido no programa "Saber Direito". 2008. Disponível em: <<http://saber-direito.blogspot.com/2009/06/responsabilidade-civil.html>>.

TARTUCE, Flávio Murilo Silva. **Reflexões sobre o dano social**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 59, 30 nov. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537>. Acesso em: 26 jun. 2010.

TARTUCE, Flávio. **Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance**. Curso a distância proferido pela rede FMB em 28 jul. 2009.