

# Função social da responsabilidade civil ante o poder econômico dos conglomerados: análise de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

*Fonction Sociale de La Responsabilité Civile au Pouvoir Économique  
des Conglomérés: Analyse de Jurisprudence de La Cour de Justice de  
Mato Grosso do Sul*

**Carlos Augusto de Oliveira Diniz**

**Estefânia Naiara da Silva Lino**

**Rogério Nogueira Guimarães**

**Resumo:** Pautando-se no método dedutivo e com metodologia fundada em revisão bibliográfica, este trabalho visa analisar aspectos controversos das demandas judiciais que envolvem violações a direitos fundamentais do consumidor. Neste sentido, propõe-se a analisar como o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul decidiu em um caso específico de responsabilidade civil. Num segundo momento, analisa-se o papel do Poder Judiciário no que se refere a seu papel fundamental na repressão dos abusos contra o consumidor, sobretudo, no aspecto de induzir a alterações de práticas por meio das condenações, ou seja, fazer com que os conglomerados respeitem os direitos do consumidor e não tenham a ineficácia das decisões a seu favor. Sendo assim, o objetivo geral é o de analisar a atuação do judiciário do Mato Grosso do Sul fazendo uma reflexão sobre como tem se comportado tal Tribunal de Justiça dentro de uma estrutura capitalista de consumo em massa, e o objetivo específico é o de entender se essa atuação tem contribuído com a proteção ou com a opressão do consumidor.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Poder Econômico; Responsabilidade Civil; Jurisprudência.

**Résumé:** Basé sur la méthode déductive et avec une méthodologie basée sur une revue bibliographique, cet ouvrage a pour objectif d'analyser les aspects controversés des poursuites judiciaires impliquant des violations

*des droits fondamentaux des consommateurs. En ce sens, il est proposé d'analyser la manière dont le pouvoir judiciaire du Mato Grosso do Sul a pris une décision dans un cas spécifique de responsabilité civile. La deuxième partie analyse le rôle du pouvoir judiciaire par rapport à son rôle fondamental dans la répression des abus de consommation, en particulier en ce qui concerne le changement de pratiques par le biais de condamnations, c'est-à-dire que les conglomérats respectent les droits du consommateur et ne pas avoir l'inefficacité des décisions en sa faveur. Ainsi, l'objectif général est d'analyser les actions du pouvoir judiciaire dans le Mato Grosso do Sul en examinant le comportement de la Cour de justice au sein d'une structure capitaliste de consommation de masse, et l'objectif spécifique est de comprendre si cette action a contribué, avec la protection des consommateurs ou l'oppression.*

**Mots-clés:** *Droits fondamentaux; Puissance économique; Responsabilité civile; Jurisprudence.*

## **1. Introdução**

Na vivência em sociedade, os homens têm direitos e obrigações que devem ser respeitados visando à harmonia social. Cada vez que o direito de outrem for lesado, surge para o ofensor a obrigação de reparação o dano causado. É fato que a busca sem limites pelo lucro pelas grandes empresas corrobora para que os direitos dos consumidores sejam constantemente desrespeitados.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que o Estado promoverá a defesa do consumidor. Existe consenso de que este consumidor é personagem fundamental dentro de uma estrutura capitalista, isso leva ao reconhecimento de sua importância, por exemplo, com o reconhecimento de sua hipossuficiência/vulnerabilidade nas relações de consumo.

O presente trabalho tem por fundamento analisar aspectos das relações de consumo com vistas a buscar dados que permitam uma reflexão sobre a efetividade dos direitos do consumidor frente às práticas abusivas dos grandes conglomerados capitalistas.

Nestas circunstâncias, é importante fazer uma abordagem acerca da função social do dano moral como forma de coibir a reiteração de conduta não pautada na lisura. De modo que se busca demonstrar que condenações pequenas ao invés de coibir os abusos têm criado um verdadeiro mercado de indenização utilizando o Poder Judiciário como fundamentador de estrutura.

Além disso, o presente texto ainda aborda a questão do processo coletivo que se mostra como uma saída viável na era das massas, mas que pode ainda estar longe de sua utilização satisfatória. Nesta linha, o objetivo do presente trabalho é o de demonstrar como o Judiciário tem contribuído, ou não, para a proteção do consumidor no sistema capitalista.

Para tanto, aqui utilizamos o método dedutivo para estudar os danos sofridos e como tem se comportado o Poder Judiciário em suas decisões, estimulando ou não, a perpetuação das condutas abusivas contra o consumidor. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, apoiado na obra de Salomão Resedá, além de jurisprudências.

Logo, essa metodologia visa propiciar que se alcance o objetivo geral que é o de analisar a atuação do Poder Judiciário do Mato Grosso do Sul dentro do capitalismo e o objetivo específico busca entender se essa atuação tem contribuído para a efetivação do direito fundamental de proteção ao consumidor.

Ao final, chegamos a uma conclusão que poderá ser vista por aqueles que se interessarem em estudar o presente texto.

## **2. Responsabilidade civil**

O homem é um ser com desejos e aspirações próprias que só se realizam no meio social a partir da interação com outros homens. Desde o nascimento, é detentor de direitos inerentes a sua natureza de homem e com o direito de desenvolver plenamente suas potencialidades da mesma forma que seus semelhantes. (DUGUIT, 2009).

Como membros da sociedade, os homens devem respeitar os limites de toda pessoa, contribuindo para a harmonia da sociedade. Entretanto, com a evolução da sociedade, com as transformações econômicas e sociais, não foi possível assegurar a todos o acesso aos bens tutelados pelo Estado e, conseqüentemente, esse fato gera profundas desigualdades sociais, miséria, marginalização, fome, entre outros.

Por sua vez, a capacidade que cada um tem de exercer seus direitos cria uma espécie de obrigação; o homem enquanto sujeito de direitos tem obrigações decorrentes de sua vivência em sociedade, conforme Duguit:

Concebe-se, assim, para todos a obrigação de respeitar no outro o desenvolvimento pleno de suas atividades física, intelectual e moral e nessa obrigação reside o próprio fundamento do direito, constituindo regra social (DUGUIT, 2009, p.23).

Entretanto, para que seus direitos sejam garantidos, cada homem deve ceder parte de sua liberdade para ter seus direitos assegurados conforme instituiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) no artigo 4º: *“O exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que assegurarem aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”*.

O homem como indivíduo é único, com particularidades e interesses próprios. Assim surgem, na interação social, os conflitos, pois cada indivíduo tende a querer fazer valer o seu direito. Dessa forma, surgem as regras jurídicas com a função de garantir a harmonia social ao mesmo tempo em que se assegura a proteção aos direitos individuais.

Somente a partir da interação entre duas ou mais pessoas é que surgem limites à liberdade de escolha de cada indivíduo, na medida em que o aspecto subjetivo deve ser respeitado, não podendo vir a sofrer ataques, nem mesmo ameaças, por parte de terceiros (RESEDÁ, 2009, p. 22).

Cada vez que um homem atinge o direito de outro, causando-lhe lesão ou ameaça, o Estado deve intervir, fazendo cessar o dano causado e assegurar que o indivíduo que lesou tenha a obrigação de reparar o mal causado (RESEDÁ, 2009). Dessa forma, surge a responsabilidade civil, como a obrigação que cada um tem de responder por suas condutas danosas na sociedade.

Pelos danos causados a outrem, surge a possibilidade de reparação, cuja penalidade incide sobre o patrimônio do transgressor. No entanto, nem sempre foi assim. Houve uma época em que danos causados a outrem recaíam diretamente sobre a pessoa do agressor, ou seja, aquele que praticasse conduta lesiva sobre outrem ou sobre coisa alheia pagava com a própria vida e muitas vezes essas penalidades alcançavam até a família.

A Lei de Talião (olho por olho, dente por dente), a forma mais primitiva de punição e muito utilizada pelos povos antigos, partia da ideia de que a penalidade deveria ser semelhante ao mal causado. Danos físicos eram punidos com danos físicos. Já os danos causados às coisas deveriam ter ressarcimento material. Por exemplo, danos causados aos escravos não eram punidos com castigos corporais, pois estes eram considerados coisas; assim, o causador do dano a um escravo deveria indenizar materialmente o dono do escravo (CASTRO, 2007).

Posteriormente, proibiu-se que as penalidades recaíssem sobre a pessoa e, a partir de então, as penas passaram a ter caráter pecuniário, ou seja, os bens do ofensor eram destinados a reparar o mal causado. Sinais dessa situação encontram-se nos antigos códigos de Ur-Namur, de Manu e na Lei das Doze Tábuas (RESEDÁ, 2009).

Desta forma, é possível inferir que esses códigos são considerados como fontes remotas da responsabilidade civil. *“A responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos strictu sensu.”* (NORONHA apud VENOSA, 2010, p. 5).

A responsabilidade civil está ligada a uma obrigação, no caso uma obrigação gerada por uma ação ou omissão contra outrem. A obrigação nasce de quatro fontes segundo o entendimento de Silvio Rodrigues (RODRIGUES, 2002, p. 8): *“encontram-se enumeradas às fontes, a saber: o contrato, o delito, o quase-contrato, e o quase-delito”*. Concorda com essa classificação Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2010, p. 47).

Importante ainda esclarecer qual a relação de uma obrigação com a responsabilidade civil. Dessa forma, Carlos Roberto Gonçalves pondera que:

[...] a relação jurídica obrigacional resulta da vontade humana ou da vontade do Estado, por intermédio da lei, e deve ser cumprida espontânea e voluntariamente. Quando tal fato não acontece, surge a responsabilidade. Esta, portanto, não chega a despontar quando se dá o que normalmente acontece: o cumprimento da prestação. Cumprida, a obrigação se extingue. Não cumprida, nasce a responsabilidade, que tem como garantia o patrimônio geral do devedor (GONÇALVES, 2010, p. 51).

Em relações de consumo, por exemplo, essa compensação deve ser feita mediante a indenização que é uma forma clara de evitar que o poder das empresas não seja usado de maneira maléfica ao consumidor, este que deve ser considerado a parte fraca das relações de consumo, conforme destaca o próprio artigo 4º da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua

dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Para facilitar a compreensão da ideia de reparação de dano, recorreremos aos ensinamentos de Pablo Stolze “[...] podemos extrair os seguintes elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil: a) a conduta humana (positiva ou negativa); b) o dano ou prejuízo; c) o nexo de causalidade” (GAGLIANO, 2004, p. 28). Encontrados estes três elementos numa relação de consumo, estar-se-á diante de um dever de indenizar.

### **3. Estado e consumidor**

A proteção do consumidor não é uma conquista recente na história da humanidade. O antigo código de Hamurabi já reservava alguns artigos relacionados à prestação de serviços ao consumidor. Conforme demonstra Castro: *“Se um pedreiro construiu uma casa para alguém e não executou o trabalho adequadamente e o muro ameaça cair esse pedreiro deverá roçar os muros às suas custas”* (CASTRO, 2007, p. 22). Percebe-se que, desde esta época, já havia algumas leis que protegiam o consumidor em casos de serviços mal prestados.

Entretanto, foi somente após o advento da Revolução Industrial, com o desenvolvimento do comércio, das comunicações em massa, com a publicidade e a oferta de produtos que a sociedade do consumo se consolidou. E isso resultou em consequências negativas sobre a qualidade de vida e sobre os interesses coletivos.

Pode-se mesmo afirmar que a proteção do consumidor é consequência direta das modificações havidas nos últimos tempos nas relações de consumo, representando reação ao avanço rápido do fenômeno que deixou o consumidor desprotegido em face das novas situações decorrentes do desenvolvimento (ALMEIDA, 1993, p.2).

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da identificação dos interesses coletivos e difusos propiciou o surgimento da tutela do consumidor. Notadamente, o consumidor é uma parte fundamental na estrutura da sociedade capitalista e pressupondo a hipossuficiência deste na relação de consumo, a tutela jurídica do

consumidor repercutiu em nível internacional, fato que levou a Organização das Nações Unidas (ONU) a se posicionar sobre o assunto culminando com a Resolução n. 2.542 de 1969, da Declaração das Nações Unidas sobre o progresso econômico e social. E, em 1973, a ONU promulgou “Os Direitos Fundamentais e Universais do Consumidor”.

Em 1985, por meio da Resolução n. 39/248, a ONU editou normas instando os governos a tornarem efetiva a defesa do consumidor, a promulgar leis visando coibir práticas abusivas, a proteger a saúde, a segurança e os interesses econômicos do consumidor, a criar formas de indenização pelos danos causados e, sobretudo, orientar e educar o consumidor, de acordo com as especificidades de cada país.

No Brasil, a partir da década de 30, surgiram alguns Decretos direcionados à defesa do consumidor. No entanto, foi a partir de 1985 que a tutela do consumidor tomou aspectos efetivos; o que se percebe com a promulgação da Lei n. 7.347 de 24 de julho do mesmo ano, que inaugura a tutela jurídica do consumidor, que disciplina a Ação Civil Pública de Responsabilidade aos Danos Causados ao Consumidor e aos interesses difusos e coletivos.

A Constituição Federal de 1988 consolida a tutela jurisdicional ao inserir no artigo 5º inciso XXXII que “*O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.*” Percebe-se a relevância do Direito do Consumidor ao ser inserido na Constituição, entre os direitos e deveres individuais e coletivos. Revela a disposição do Estado em intervir em situações que não poderiam ser resolvidas eficientemente sem intervenção estatal.

A opção pela inclusão desta matéria no plano da política constitucional se dá pela inegável necessidade de que certas situações de desequilíbrio social sofram a incisiva ação terapêutica do Estado, seja esta ação de cunho econômico ou jurídico. (MARINS, 1993, p. 28)

De acordo com Almeida, a justificativa pela inserção da tutela do consumidor pelo Estado tem o objetivo de equacionar as relações entre fornecedores e consumidores, pautada no reconhecimento da hipossuficiência deste nas relações de consumo. “*É facilmente reconhecível que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo*”, (ALMEIDA, 1993, p. 15), visto que para suprir suas necessidades de bens e serviços, submete-se às condições impostas pelo fornecedor.

Chega-se à conclusão que o consumidor não está educado para o consumo, e que, em razão disso, é lesado por todos os modos e maneiras,

diuturnamente, e vê, com frequência, serem desrespeitados os seus direitos básicos, consagrados pela ONU e pela legislação brasileira, como saúde, segurança, escolha, informação e ressarcimento. (ALMEIDA, 1993, p. 16)

Em obediência ao exposto no artigo 5º inciso XXXII, surgiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Lei n. 8.078 de 11 de novembro de 1990), com o objetivo de regulamentar a proteção e a defesa do consumidor. O CDC traz as diretrizes que norteiam a Política de Relações de Consumo cuja meta maior é harmonizar as relações de consumo e fazer com que a parte frágil seja respeitada e protegida.

#### **4. O Poder Judiciário e as condenações ínfimas**

Diante do exposto, entende-se que os direitos do consumidor devem ser tutelados pelo Estado, desde a promulgação de leis que efetivem essa proteção até a responsabilização daqueles que contrariarem os ordenamentos emanados do Código de Defesa do Consumidor com vistas a coibir práticas lesivas ao consumidor.

Porém, é no ato da decisão que o Poder Judiciário tem pecado. E diz-se isso porque quando as condenações acontecem em valores pequenos, o que, diga-se de passagem, gira em torno de R\$ 2.500,00 a R\$ 3.000,00 reais, o Poder Judiciário está dando a chance para que o infrator possa contabilizar esse recurso, fazendo análise econômica do direito.

Contabilizar significa prever em seus gastos e, dentro disso, as empresas de grande porte com seus setores financeiros, por exemplo, preferem pagar tais indenizações ao invés de parar com as práticas abusivas.

O Código Civil de 2002 afirma em seu artigo 927 que “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*” Para Pablo Stolze, a reparação civil possui três funções bem claras, a primeira função é a de compensar a vítima fazendo com que a situação volte ao *status quo ante*, ou seja, que a situação volte ao patamar anterior à lesão. Pode ser realizada por meio da reposição do bem lesado e quando não é possível restituí-lo, impõe-se o pagamento de indenização no valor do bem material. Se o bem é imaterial, a indenização é compensatória (GAGLIANO, 2004).

A segunda função da reparação civil é a punição do ofensor de forma que este não volte a praticar atos que lesem o bem jurídico alheio. E, por fim, a terceira função da

reparação civil corresponde à medida socioeducativa de forma que a sociedade perceba que condutas deste tipo não serão toleradas. (GAGLIANO, 2004).

Para a configuração da responsabilidade civil e, conseqüentemente, do dever de indenizar, o dano a outro se constitui como um elemento fundamental. Não há como falar em reparação civil ou indenização se não houver lesão a direito alheio.

De acordo com o artigo 944 do Código Civil de 2002, as indenizações deverão ser fixadas de acordo com a extensão do dano causado à vítima. Sem pretensão de enriquecer a vítima e empobrecer o ofensor, mas como forma de reparar o mal causado.

O que se percebe é que grande parte das indenizações fixadas pelo judiciário brasileiro não cumprem a sua função social. Longe de desestimular as empresas a exercer suas atividades com responsabilidade, as baixas indenizações fazem com que o desrespeito aos consumidores se perpetue (RESEDÁ, 2009).

Há uma preocupação por parte do judiciário em não estimular o enriquecimento sem causa, e isso faz com que o judiciário fixe apenas a quantia necessária para acalantar o ofendido, sem que isso represente ao ofensor uma reprovação social a sua conduta. Muitas vezes, há comportamentos reiterados por parte das empresas que acham mais lucrativo pagar as baixas indenizações aos poucos clientes que acionaram o judiciário do que corrigir o problema:

A ânsia pelo acúmulo de lucros a qualquer custo ultrapassa os limites legais e resulta no desrespeito contínuo aos direitos das pessoas. Assim, ao modificar a forma de aplicação da prestação jurisdicional a título de responsabilidade civil, o Estado demonstra ao ofensor a necessidade de censurar o seu comportamento em detrimento à manutenção da ordem social (RESEDÁ, 2009, p. 242).

Resedá (2009) destaca a importância de observar o ofensor, pois a realidade que se apresenta como objetivo central da reparação civil é o restabelecimento do *status quo ante*, do ofendido. Há necessidade de observar se a conduta delitiva do ofensor constitui prática recorrente na sociedade, pois a reparação deve ter como objetivo primordial coibir práticas lesivas e desestimular atos que lesem o direito do próximo.

Apenas restituir um indivíduo mantém a porta ainda aberta para que o ofensor sinta-se à vontade na prática do ato. Aliás, acredita-se que há uma

ratificação da viabilidade desse comportamento, na medida em que se forma jurisprudência quanto ao montante aplicado naquele caso. (RESEDÁ, 2009, p. 285).

Indenizações com um valor mais alto do que o normalmente estabelecido no judiciário brasileiro podem contribuir para que os conglomerados revejam suas práticas comerciais e passem a respeitar os direitos dos consumidores. Sendo assim, enquanto o valor das indenizações relativas aos danos causados aos consumidores continuar a ser fixado em valores irrisórios, o desrespeito ao consumidor continuará; o judiciário enquanto ente estatal com o dever de tutela ao consumidor, nada mais será do que um mercado de ínfimas indenizações completamente desacreditado.

Nesta direção, importante analisar um caso prático ocorrido na comarca de Paranaíba-MS onde uma Sociedade Empresária foi condenada ao pagamento do que se chamou de condenação pedagógica e, em julgamento de apelação, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul se mostrou muito aquém do que se espera do judiciário contra sistêmico (TJMS, 2010):

VOTO – O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator). Da leitura das razões recursais, verifico que a apelante pede, primeiro, que a sentença seja reformada para o fim de ser julgado improcedente o pedido de indenização por danos morais, haja vista que teria sido correto o envio do nome da autora para os órgãos de restrição ao crédito *“pois os valores são devidos pela prestação da utilização dos serviços da apelante”* (f.71). Caso assim não entenda este Tribunal, formula pedido alternativo, qual seja, a redução do valor do dano moral. Feitas estas considerações, passo ao exame das alegações em capítulos separados. Da configuração do dano moral: No caso em tela, o dano moral alegado pela autora em sua petição inicial decorreu do fato de seu nome ter sido enviado aos órgãos de proteção ao crédito por dívida inexistente, mais precisamente *“por não ter mantido qualquer relação com a empresa e nunca ter residido em Brasília/DF ou imediações”* (f.03). Importante registrar que a ré aqui apelante não apresentou contestação e, em razão desse fato, aliado aos documentos juntados com a petição inicial, o juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado na inicial. Diante da revelia da ré, não se há falar que a dívida objeto de inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito seja existente, haja vista que o artigo 319 do Código de Processo Civil é claro em afirmar que devem ser reputados verdadeiros os fatos alegados pelo autor não impugnados pelo réu na contestação. Nestas circunstâncias, entende-se que o dano moral restou configurado com o simples envio indevido do nome da autora apelada para os órgãos de restrição ao crédito por dívida inexistente, inexistência que não pode ser contestada pela ré não só em razão de sua revelia, mas, também, pela robusta prova apresentada pela autora, não se havendo falar em necessidade de prova de prejuízo e nem em prova de ter agido a ré apelante

com dolo ou má-fé. [...]. Do valor dos danos morais e da indenização pedagógica: Fixada a responsabilidade da ré por ter enviado o nome da parte autora indevidamente aos órgãos de restrição ao crédito, resta examinar, então, se o valor arbitrado a título de danos morais, qual seja, R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais), deve ser mantido ou diminuído, como pede a apelante, de forma alternativa, nas razões recursais. [...] Dito isto, considerando que o julgador destinou à autora apelada, a título de dano moral, a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e não tendo ela interposto recurso visando majorar tal valor, deve ser mantida a parte da sentença que destinou à apelada a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais). Todavia, entendo que a sentença não deve subsistir na parte em que condenou a ré a pagar ao Asilo Santo Agostinho, a título de indenização pedagógica, a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Com efeito, no passado tive oportunidade de comungar do mesmo entendimento do juízo *a quo*. No entanto, a evolução jurisprudencial e a aplicação de normas atinentes ao processo, fez com que este relator refletisse melhor sobre o tema. Esta Quinta Turma Cível, recentemente, teve oportunidade de afastar a chamada indenização pedagógica, consoante de vê da ementa do seguinte acórdão: *“APELO DO BANCO FINASA S/A – FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO AO LESADO – MANTIDA – SANÇÃO PEDAGÓGICA – INDENIZAÇÃO À ENTIDADE BENEFICENTE – EXCLUÍDA – DIREITO PERSONALÍSSIMO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. (TJMS- Quinta Turma Cível - Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.029433-6/0000-00 – Paranaíba - Relator - Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso). Adoto como razão de decidir, os fundamentos expostos pelo Desembargador Júlio Roberto Siqueira: “Porém, quanto à alegação do recorrente de que a sanção pedagógica não foi aplicada de forma legal, tenho que assiste-lhe razão. Valho-me de trecho da obra de Américo Luís Martins da Silva: “(...) o ato de reparar não pode se distanciar do ato de ressarcir um prejuízo causado a alguém, ou seja, bem como se exprime Silvio Rodrigues, reparar ou indenizar é tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado. Esta é a obrigação imposta ao autor do ato ilícito, em favor da vítima. Segundo ele, a ideia de tornar indene a vítima se confunde com o anseio de devolvê-la ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito.” (O dano moral e sua reparação civil. 3ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. p. 365). (destaquei). Nas palavras de Rui Stoco: “Caso o próprio ofendido venha a pleitear dano moral e o obtenha, não podem seus herdeiros, familiares ou pessoas próximas e íntimas pretender o mesmo direito, sob o mesmo fundamento, salvo se estiverem buscando reparação por direito próprio, pelo fato de a ofensa àquele tê-los atingido reflexamente. (...) Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo. Constitui regra de obediência imperativa que só se repara o dano moral quando o mesmo existia efetivamente. É que, dado seu caráter eminentemente subjetivo, jamais se transferiria ativamente a terceiros, seja pela cessão comum, seja pelo ‘jus haereditatis’ (TJSP – 3ª C.Dir. Público – Ap. 42.724-5/0 – Rel. Rui Stocco – j. 26.10.99)” (Tratado de Responsabilidade Civil. 7ª ed. Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 1.710). E ainda: “É o que se colhe em Caio Mário da Silva Pereira ao observar: ‘Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo, para que o causador*

do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido' (Responsabilidade Civil. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, n. 45, p.55). E acrescenta: 'O ofendido deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva' (idem, n.49. P.60)" (Idem. Pg. 1.732). Assim, tenho que merece prosperar referida alegação por tratar-se o direito de indenização por dano moral, de personalíssimo, não havendo qualquer justificativa plausível para que se beneficie terceiros quando o dano foi causado apenas ao autor da ação de indenização. (Voto proferido pelo Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso, nos autos do recurso de apelação n. 2009.029433-6-Paranaíba). Na verdade, não se está aqui a negar a importante função pedagógica do dano moral, mas apenas ressaltando que ao se arbitrar o dano moral, a função pedagógica a ser observada deve ter por finalidade melhor indenizar a pessoa lesada e não terceiro estranho ao processo. Conclusão: Pelas razões expostas, dou parcial provimento ao recurso interposto por Brasil Telecom S. **A Filial Mato Grosso do Sul para o fim de excluir da sentença recorrida a parte que condenou a apelante a pagar ao Asilo Santo Agostinho a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), mantendo a condenação ao pagamento de dano moral à autora apelada, no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais)**, devendo a verba honorária fixada em 10% (dez por cento) ser calculada sobre este valor. Custas pela apelante. (TJMS, 2010, s/p).

Não obstante a coragem e ousadia do julgador de 1º grau, o Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul reformou a decisão retirando os valores destinados à instituição filantrópica Asilo Santo Agostinho.

É compreensível o porquê da decisão do julgador de primeira instância, pois é notável que condenações ínfimas contribuam para a lógica do sistema permitindo que os grandes conglomerados capitalistas joguem com a análise econômica do direito. É justamente nesta análise econômica do direito que se percebe como de maneira clara a estrutura capitalista tem no poder do Estado um grande aliado para perpetuar-se na violação ao direito.

## 5. Considerações finais

O caso ora apresentado para que possa ser melhor estudado exige uma reflexão tentando delinear como pensaria uma empresa que viola direitos dos consumidores: inicialmente é preciso pensar: 1) Quanto custa para melhorar o produto ou serviço? 2) Quantos consumidores irão ao judiciário contra a empresa por falhas no serviço ou produto?

3) Quantos lograrão êxito no processo? 4) Qual é a média das condenações? 5) É possível suportar tais condenações? 6) Quanto tempo isso irá demorar?

Nesta linha, suponha que melhorar o serviço ou produto custe 30 (trinta) milhões de reais. Nem todos os consumidores irão ao judiciário, com sorte aproximadamente metade pode ir. Dos que vão propor ações, a empresa poderá vencer algumas demandas e isso diminui ainda mais o custo para a empresa. Ademais, as condenações são de valores baixos, o que possibilita ao violador programar seu orçamento, levando em consideração que o tempo de morosidade processual é longo.

Após tais reflexões, a empresa percebe que é melhor usar a burocracia do poder estatal para proteger seus interesses, ou seja, é mais barato permanecer no erro do que buscar uma mudança de postura, visto que o Poder Judiciário favorece o violador em dois fronts, primeiro impedindo o que se chama de enriquecimento ilícito, e segundo porque as condenações não gozam de caráter pedagógico, pois são ínfimas comparadas aos lucros das empresas; sendo assim, o Estado que deveria proteger acaba contribuindo para a violação do consumidor.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: Superação da *Summa Divisio*** Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALONSO JUNIOR, Hamilton. O julgado coletivo e a fase de execução: alguns avanços necessários. In: MILARÉ Édis, (Coord.) **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Carlos Augusto de Oliveira. **Reflexos do capitalismo no processo civil e suas implicações na efetivação do direito fundamental de proteção do consumidor**. Curitiba: CRV, 2012.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. Volume 3. 2ª edição. Saraiva. São Paulo. 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Teoria geral das obrigações. Volume 2. 7ª edição. Saraiva. São Paulo. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: Parte geral das obrigações. Volume 2. 30ª edição. Saraiva. São Paulo. 2002.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela Coletiva e sua efetividade**. Coleção Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora método. 2006.

TJMS – Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Apelação Cível. Autos: Erro! Fonte de referência não encontrada.. Erro! Fonte de referência não encontrada..** Rel. **Erro! Fonte de referência não encontrada..** Julgado em 17 de Jun. de 2010.

TJRS - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL: **Agravo de Instrumento nº. 70042312942**. Rel. Des. João Moreno Pomar. AGRAVANTE: BANCO DO BRASIL S/A – AGRAVADO: MAURICIOLO GAVA. Porto Alegre-RS. Publicado em: 28 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20043344/agravo-de-instrumento-ai-70042312942-rs-tjrs/inteiro-teor>> Acesso em: 20 de AGO. de 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

## AUTORES

### **Carlos Augusto de Oliveira Diniz**

Docente do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3127802813505867>

### **Estefânia Naiara da Silva Lino**

Docente do Curso de Direito da Universidade de Rio Verde (UNIRV). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5563702005484074>

### **Rogério Nogueira Guimarães**

Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0295057781995793>